

確認訴訟（当事者訴訟）の利用場面と 確認の利益

春 日 修

目 次

- 1 はじめに
- 2 規制の排除
- 3 申請拒否等の予防的排除
- 4 受給の確保
- 5 権限行使の要求
- 6 おわりに

1 はじめに

2004年行政事件訴訟法改正は、行訴法4条に「公法上の法律関係に関する確認の訴え」との文言を挿入して、確認訴訟（当事者訴訟）（以下、本稿で単に「確認訴訟」という場合、当事者訴訟としての確認訴訟をいうものとする）の活用を促した。2005年4月1日の施行から、半年も経ない9月に、衆議院議員選挙小選挙区等において、在外邦人に選挙権行使が認められなかったことの適否を確認訴訟で争うことを認め、次回の選挙において在外選挙人名簿に登録されていることに基づき小選挙区等の投票をすることができる地位にあることを確認した最高裁平成17年9月14日判

決⁽¹⁾が出され、その後、最高裁や下級審で多くの裁判例が積み重ねられてきた。

確認訴訟には、バスケットクローズ（包括条項）的、ラストリゾート（最後の手段）的な性格が認められる⁽²⁾ので、その利用場面は多種多様であり、どのような場合に確認訴訟による救済を求めることができるのかは、未だに曖昧なところが残っている⁽³⁾。

筆者は、2010年に、規制行政、とりわけ、私人の行為の適法性にかかる確認訴訟に関する裁判例を主たる対象として、その種の事例で確認の利益（とりわけ、その中心である紛争の成熟性＝即時確定の利益）が認められるのは、どのような場合であるかについて、検討する論考を公にしたことがある⁽⁴⁾。その後、最高裁判所は、教職員国旗国歌訴訟（予防訴訟）上

(1) 民集59巻7号2087頁。ただし、この判決は「やや特殊な制度を対象とした判決である上、理由づけも比較的簡単であるため、その判例としての直接の射程は、必ずしも広くはない」（山田洋「実質的当事者訴訟の復権？」論究ジュリスト3号（2012年）116頁）と言われている。

(2) 中川丈久「行政訴訟としての『確認訴訟』の可能性」民商法雑誌130巻6号（2004年）969～970頁。

(3) 例えば、確認訴訟の裁判例を網羅的に扱った最近の論考である、村上裕章「公法上の確認訴訟の適法要件—裁判例を手がかりとして」阿部古稀記念『行政法学の未来に向けて』（有斐閣、2012年）733頁以下も、その結びにおいて、「対象選択の適否、即時解決の必要性、方法選択の適否の問題」の「いずれの点についても不明確な点が残って」いる（750頁）としている。また、最高裁平成24年2月9日判決の評釈も、この判決の後にもなお、「予防的確認訴訟における確認の利益に関しては、個々の事案ごとにその性質や諸事情が様々に異なり得る事柄の性格に鑑み、判例上いまだ一般的な判断基準が示されるには至っておらず、今後も平成16年改正の趣旨を踏まえた上での個々の事案の性質や諸事情に即した個別具体的な判断による事例の集積を待つことになろう」（岩井伸晃、須賀康太郎「判批」ジュリスト1452号（2013年）106頁）としている。

(4) 春日修「規制行政と確認訴訟（当事者訴訟）による救済」愛知大学法学部法経論集

告審判決（最高裁平成24年2月9日判決⁽⁵⁾）で確認訴訟（当事者訴訟）における確認の利益について言及し、医薬品の郵便等販売をしようする法的地位の確認訴訟を適法と認めた上で当該地位を確認した高裁判決を支持した最高裁平成25年1月11日判決⁽⁶⁾を下した。また、下級審の裁判例も、さらに蓄積されており、それらを踏まえた新たな分析が可能な状況にあるように思われる。

本稿は、確認訴訟の利用の可否に関する不明確さを解消するため、確認訴訟の主たる利用場面として、①規制の排除、②申請拒否等の予防的排除、③受給の確保、④権限行使の要求の4つを措定し⁽⁷⁾、それぞれに該当

186号（2010年）1頁以下。

(5) 民集66巻2号183頁。

(6) 民集67巻1号1頁。

(7) 本文でも述べたように、確認訴訟にはバスケットクローズ（包括条項）的、ラストリゾート（最後の手段）的な性格が認められ、その活用目的は多種多様であるから、確認訴訟の利用場面がこの4つに限られるわけではない。在外日本人の選挙権行使にかかる最判平成17年9月14日（前出）、外国人の母と日本人の父との間の子どもで出生後認知された者についての日本国籍の有無にかかる最判平成20年6月4日民集62巻6号1367頁の2つの最高裁判決は、この4つの場面のいずれにも該当しないし、本文では規制の排除に関する部分で検討する教職員国旗国歌訴訟（予防訴訟）上告審判決（最判平成24年2月9日民集66巻2号183頁）も、同様である。下級審の裁判例にも、例えば、①組合員が20名を下回ったことから水産業協同組合法68条4項に定める法定解散事由に該当したと行政からみなされた漁業協同組合が解散届を出すべき義務の不存在確認を求めた福岡高判平成21年9月11日 <http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/20100405134553.pdf>、②銀行に対してされた弁護士法23条の2に基づく弁護士会照会について、照会に係る事件を弁護士に依頼した者が銀行に対して提起した照会に対する報告義務の確認を求めた東京地判平成24年11月26日判タ1388号122頁、その控訴審である東京高判平成25年4月11日金融・商事判例1416号26頁など、この4つの場面に該当しないものが多数ある。しかし、本稿により明らかにされるように、かなりの数の裁判例が、この4つの場面に当てはまるし、場面ごとに共通の問

する裁判例を整理し、その到達点を明らかにした上で、現在において残された問題について検討を加えていきたい。

2 規制の排除

2-1 法令による制限の排除

場面

(A)原告がしようとしている行為が法令等により制限されているが、原告は当該法令等が違憲違法であるから当該行為は適法であると考えており、(B)原告が自らの見解に基づいて当該行為をすると、制裁（行政処分、刑罰……）の対象となることが予定されているため、当該行為を断念してそれによる不利益を甘受するか、制裁を受けるリスクを負いつつ当該行為をするかというジレンマに立たされている場面において、このジレンマを打破するために、確認訴訟が利用される場合がある。

民事訴訟において、①「確認の利益は、原告の権利または法的地位に不安が現に存在し、かつ不安を除去する方法として原告・被告間でその訴訟物たる権利または法律関係の存否の判決をすることが有効適切である場合に、認められ」⁽⁸⁾、②「原告の地位に対する不安は、被告が原告の法的地位を否認したり、原告の地位と相容れない地位を主張したりする場合に生じるのが通常である」⁽⁹⁾といわれている。(A)のような見解の対立により、(B)のような現実の不安・危険が生ずることになるわけである。

題点があるところから、分析枠組みとして、4つの場面を措定することの有用性は認められるものと思われる。

(8) 新堂幸司『新民事訴訟法第5版』（2011年）270頁。

(9) 新堂・前掲注(8)・277頁。

裁判例

このような場面で確認訴訟が用いられた（あるいは、これに類する）裁判例⁽¹⁰⁾としては、以下のものがある。

最高裁

・ 確認の利益が肯定された事例

(a) 最高裁平成24年2月9日判決（前出）

(A)通達・職務命令により、公立学校教員が式典における国歌斉唱に際して起立斉唱しないことが禁止されたが、原告たる教員らはこれが違憲であると考えており、(B)不起立不斉唱等をつらぬくと制裁（懲戒処分等）を受けるおそれがあるため、起立斉唱等をして思想良心の自由への侵害を甘受するか、制裁を受けるリスクを負いつつ不起立不斉唱等をつらぬくかというジレンマに立たされている。（なお、本事例は通達・職務命令により公務員に課された義務にかかる事例⁽¹¹⁾であり、「規制」に関するもので

(10) 本文における裁判例は基本的に以下のようなルールに基づき整理した。①当該事例の最上級審の裁判例を見出しとし、当該事例における下級審裁判例については、その中で「(○)の高裁判決は……」のように扱う、②最高裁の裁判例と下級審の裁判例の別に示す、③確認の利益が否定された事例、肯定された事例の別に示す（その際、確認の利益には触れず、本案上の判断をしている判決については、確認の利益が肯定されたものとみなし、必要に応じてその旨を付記する）、④下級審の裁判例は高等裁判所の裁判例、地方裁判所の裁判例の順に示す、⑤同レベルの裁判所の裁判例は判決年月日の順に示す。

(11) 通達・職務命令により公務員に課された義務について、確認訴訟で争われたものとしては、以下の事例がある。

①東京高判平成22年3月17日判例集未登載

教員の学校式典における起立斉唱等の義務の不存在確認にかかる事例。第1審判決である横浜地判平成21年7月16日判例集未登載は、確認の利益を肯定したが、同命令が違憲違法であるといえないとして請求を棄却。東京高裁は、学校式典の国歌斉唱時に教職員に対し起立斉唱を求める教育長の通知が指導の指針等に留まって

はないが、①(A)(B)の図式に当てはまり、②本判決には、規制排除にかかる確認の利益の判断について大きな影響を与える判示事項が含まれるため、あえてここで取り上げた。)

(b) 最高裁平成25年1月11日判決（前出）

(A)改正薬事法施行規則により、第一類・第二類医薬品の郵便等販売が禁止されたが、原告たる販売業者はこれが違法であると考えており、
(B)販売を継続すれば制裁（不利益処分）を受けるおそれがあるため、販売を中止して売上の減少を甘受するか、制裁を受けるリスクを負いつつ販売を継続するかというジレンマに立たされている。

下級審

・確認の利益が否定された事例

(c) 大阪高裁平成17年11月24日判決⁽¹²⁾

(A)滋賀県琵琶湖のレジャー利用の適正化に関する条例により、外来魚

いることを理由に法律上の争訟性を否定した。なお、最決平成23年6月22日判例集未登載は、同事件の上告を棄却し、上告受理申立てを不受理とした。

②大阪高判平成22年2月19日判例集未登載

教員の自己申告票の提出義務の不存在確認にかかる事例。大阪高等裁判所は、確認の利益を肯定し、同義務を課すことが違憲違法であるといえないとして請求を棄却した第1審判決（大阪地判平成20年12月25日判タ1302号116頁）を概ね支持した。なお、最決平成24年6月12日判例集未登載は、同事件の上告を棄却し、上告受理申立てを不受理とした。

③東京地判平成24年10月24日判自373号34頁

教員の業務評定、昇給・昇格通知書の違法確認にかかる事例。給与上の不利益回復には、本来支払を受けるべきであったとする給与額と現実支払われた給与額との差額について給付請求訴訟又は地方公務員法上の措置要求やその判定に不服があった場合の取消訴訟の方が有効な紛争解決手段であるとして、確認の利益を否定した。

(12) 判自279号74頁。

（ブルーギル、オオクチバスその他規則で定める魚類）を採捕したときは、これを琵琶湖に放流することが禁止されたが、琵琶湖でキャッチ・アンド・リリースによる釣りを行っていた原告らは、これが違憲であると考えている、(B)条例には外来魚放流を行った場合の制裁規定はなく、放流を継続しても、違法との評価を受けるのみである。

・ 確認の利益が肯定された事例

(d) 名古屋地裁平成25年5月31日判決⁽¹³⁾

(A)道路運送法、同法施行規則に基づき定められた中部地方運輸局長公示により、名古屋交通圏のタクシー会社の乗務員につき、1乗務当たり隔日勤務運転者については360km、日勤勤務運転者については270kmを超えて乗務させることが禁止されたが、原告たるタクシー会社はこれが違法であると考えており、(B)上記制限を超えて乗務させると、制裁（不利益処分）を受けるおそれがあるため、乗務制限に服して売上の減少を甘受するか、制裁を受けるリスクを負いつつ制限を超えて乗務させるかというジレンマに立たされている。

(e) 大阪地裁平成25年7月4日判決⁽¹⁴⁾

(A)道路運送法、同法施行規則に基づき定められた近畿地方運輸局長公示により、大阪市域交通圏等において、1乗務当たり隔日勤務運転者については350km、日勤勤務運転者については250kmを超えて乗務させることが禁止されたが、原告たるタクシー会社はこれが違法であると考えており、(B)上記制限を超えて乗務させると、制裁（不利益処分）を受けるおそれがあるため、乗務制限に服して売上の減少を甘受するか、制裁を受けるリスクを負いつつ制限を超えて乗務させるかというジレンマに立たされ

(13) <http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/20131016114222.pdf>。なお、本稿の脱稿後、校正中に控訴審判決である名古屋高裁平成26年5月30日判例集未登載が出た。高裁判決も、本件については確認の利益が認められると判示している。

(14) <http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/20130730091316.pdf>

ている。

論点

(I) 法令を争う確認訴訟と「法律上の争訟」

一定の行為を制限する法令により不利益な状況に置かれた私人が確認訴訟により救済を求めた場合、一般的抽象的な法令を対象としたものであることを理由に、当該確認訴訟が「法律上の争訟」ではないと解される可能性もあった。これにつき、(b)の第1審判決⁽¹⁵⁾は、当該確認訴訟は「単に抽象的・一般的な省令の適法性・憲法適合性の確認を求めるのではなく、省令の個別的な適用対象とされる原告らの具体的な法的地位の確認を求めるものである以上、この訴えの法律上の争訟性についてもこれを肯定することができると解するが相当である」と判示し、同事件の控訴審判決⁽¹⁶⁾も「当裁判所も、公法上の当事者訴訟としての本件地位確認の訴えは、確認の利益が存し、かつ法律上の争訟性があると判断する。その理由は、原判決の……記載のとおりであるからこれを引用する」としている。(b)の最高裁判決は、法律上の争訟性や確認の利益に言及していないが、規則を薬事法の委任の範囲を越えたもので違法であるとした上で、「新施行規則の上記各規定にかかわらず第一類医薬品及び第二类医薬品に係る郵便等販売をすることができる権利ないし地位を有することの確認を求める被上告人らの請求を認容した原審の判断は、結論において是認することができる」と判示しているので、この事件が法律上の争訟性を有し、確認の利益を肯定できることを前提にしていることは間違いない。

したがって、法令により私人の具体的な権利や法的地位が侵害された場合、確認の利益が認められれば、法令の適用段階（行政処分、刑事訴訟な

(15) 東京地判平成22年3月30日民集67巻1号45頁。

(16) 東京高判平成24年4月26日民集67巻1号221頁。

ど）を待つことなく、当該法令により課された義務不存在や当該法令により否定された法的地位の存在の確認請求という形で、救済を求めることが可能であること、換言すれば、このような場合、法令を対象としているという理由によって法律上の争訟性を否定されることはないことは、判例により明らかであるといえよう。

ただし、どのような立場にある者であれば、法令により自らの具体的な権利や法的地位が侵害されたかというのか（あるいは、確認の利益を有する者として、確認訴訟の提起が認められるのか⁽¹⁷⁾）ということについては、不明確なところが残っているようにも思われる。

(b)(d)(e)の事例において、原告となったのは、法令制定以前から許可を得て営業をしており、法令によって原告が従来行ってきた営業方法が継続できなくなり、それにより経済的損失を被る者であった。このような者が確認訴訟を提起できることは問題ないとしても、例えば、ある事業を計画し、調査をした結果、当該事業を違法とする法令の存在を発見した者が、当該法令が違憲違法であると考えた場合においても、自らの具体的な権利や法的地位が侵害されたとして、確認訴訟による救済を求めることができるのだろうか。このような者は現在得ている利益を失うわけではなく、得ることを期待していた利益を得られないというだけである点で、(b)(d)(e)の原告と異なる。

事業を計画しているに過ぎない者であっても、その者が違憲違法と考えている法令の存在によって計画している事業が行えない（憲法上の経済活動の自由が具体的に侵害されている）という立場に置かれているというこ

(17) 「確認の訴えにおいては、まず確認の利益の存否が問われ……この利益の有無は、当該事件の原被告間の紛争を確認判決によって解決する必要があるか、または有効適切に解決しうるかという判断であるから、確認の利益があるということになれば、その原告および被告は当事者適格が当然にあることになる。それ故、確認の訴えでは、当事者適格の問題は確認の利益の問題に吸収される」新堂・前掲注(8)・291頁。

とで、抽象的に法令の違憲違法を争う場合と区別することはできそうである。そうであっても、単に事業を計画していると主張するだけで十分なのか、一定の具体的計画があることを主張立証する必要があるのかといった問題は残る。これにつき、余りにルーズに解しすぎると、仮想の事業計画を言い立てれば誰でも訴訟可能ということになりかねず、そのような訴えが法律上の争訟にあたるのかについての疑義が生じかねない。

(II) 法令を争う場合の取消訴訟と確認訴訟の選択

最高裁平成21年11月26日判決⁽¹⁸⁾は、特定の公立保育所を一定期日をもって廃止する条例について、処分性を認めており、法令により不利益を被った場合の救済手段としては、確認訴訟によるものの他、当該法令を処分として、その取消しを求めるという方法もありうる。現に、前記(b)～(e)の事例において、原告は主体的又は予備的に、法令の取消請求もしているが、すべての事例で、問題とされた法令は一般的抽象的效果しか有しないという理由で、取消訴訟は却下されている。最高裁平成21年11月26日判決が、処分性を認めた条例は、「公の施設の設置管理に関する基本的事項について、議会の統制をきかせるため」のものであって、「規範定立のための条例ではな」く、この判決は「条例制定行為に処分性を認めた事例というよりは、公の施設の廃止行為を抗告訴訟の対象にすべきとしたものと捉える」べきものである⁽¹⁹⁾。実際、最高裁判所は町営水道事業の水道料金改正条例の処分性を否定しており⁽²⁰⁾、法令により直接かつ具体的な不利益を被った場合の救済手段は、例外的な場合を除き、取消訴訟ではなく、確認訴訟と考えるべきであろう。むしろ、問題となるのは、法令に処分性が

(18) 民集63巻9号2124頁。

(19) 中川丈久「判批」別冊ジュリスト215号（2013年）67頁。

(20) 最判平成18年7月14日民集60巻6号2369頁。

認められるような例外的事例においても、取消訴訟に加えて、確認訴訟による救済を求めることができるのかというところにある⁽²¹⁾。

法令による制限の排除に確認訴訟が用いられる場合の問題点としては、他に、(Ⅲ)確認訴訟の対象と〈権利〉〈法的地位〉、(Ⅳ)「確認の利益」の判断基準、(Ⅴ)規制に従うことによる不利益と「確認の利益」の関係、(Ⅵ)制裁による不利益と「確認の利益」の関係があるが、これは、次の「法令適用による制限の排除」場面と共通の問題点になるため、それらについての裁判例を概観した後にまとめて、論ずることとする。

2-2 法令適用による制限の排除

場面

(A)原告がしようとしている行為が、法令で禁止されている行為に該当するかにつき、原告と行政の間に見解の相違があり、(B)原告が自らの見解に基づいて当該行為をすると、制裁（行政処分、刑罰……）の対象となることが予定されているため、当該行為を断念してそれによる不利益を甘受するか、制裁を受けるリスクを負いつつ当該行為をするかというジレンマに立たされている場面において、このジレンマを打破するために、確認訴訟が利用される場合がある。2-1と同様、(A)のような見解の対立により、(B)のような現実の不安・危険が生ずることになる。

裁判例

このような場合に該当する裁判例としては、以下のものがある。

(21) この問題を指摘するものとして、宇賀克也「判批」別冊判例タイムズ32号（2011年）353頁、久保茂樹「判批」ジュリスト1420号（2011年）63頁など。

・ 確認の利益が否定された事例

(f) 東京高裁平成19年4月25日判決⁽²²⁾

(A)原告は規制導入前の既存施設として廃棄物の処理及び清掃に関する法律上の許可を得ないで運用できるミニ処分場を保有していると主張しているが、行政は当該ミニ処分場の存在を否定しており、(B)原告が当該ミニ処分場で廃棄物の処分を行えば、制裁（刑罰）を受けるおそれがあるため、処理を断念してその不利益を甘受するか、制裁を受けるリスクを負いつつ当該ミニ処分場で廃棄物の処分を行うかというジレンマに立たされている。

・ 確認の利益が肯定された事例

(g) 東京高裁平成21年1月28日判決⁽²³⁾

(A)原告は営業禁止区域において既存営業者として店舗型性風俗特殊営業を営むことができると主張しているが、行政は当該営業にかかる店舗に施した工事が大規模な修繕等に当たるため、既存営業者としての資格を失ったとしており、(B)原告が同店舗での営業を行えば、制裁（刑罰、不利益処分）を受けるおそれがあるため、当該店舗における営業を断念して不利益を甘受するか、制裁を受けるリスクを負いつつ営業を行うかというジレンマに立たされている。（なお、本事例の第1審判決⁽²⁴⁾は、確認の利益に触れることなく、本案上の判断をして請求を棄却しており、控訴裁判決もそれを支持している。）

(h) 名古屋高裁平成21年10月23日判決⁽²⁵⁾

(A)原告が成人用図書等の販売に用いている商品交換機につき、原告は

⁽²²⁾ <http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/20071017102146.pdf>

⁽²³⁾ <http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/20100218112219.pdf>

⁽²⁴⁾ 東京地判平成19年12月26日 <http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/20080723135649.pdf>

⁽²⁵⁾ <http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/20091127094318.pdf>

青少年保護育成条例所定の自動販売機に該当せず、これにより条例所定の有害図書類を販売しても違法ではないと主張しているが、行政は当該商品交換機が条例上の自動販売機に該当するため、これに有害図書類を収納すれば条例に違反するとしており、(B)原告が当該商品交換機で有害図書類の販売を継続すれば、制裁（刑罰）を課せられることになるため、販売を断念して不利益を甘受するか、制裁を受けるリスクを負いつつ販売を継続するかというジレンマに立たされている。

(i) 福岡高裁平成22年3月25日判決⁽²⁶⁾

(A)原告は自らが建築を請け負った建築物は建築基準法施行条例の施行の際に現に建築中であった建築物に該当し、同条例の適用を受けないため、適法な建築物であると主張しているが、行政は同建築物は条例の施行の際に現に建築中であった建築物に該当しないので、違法な建築物であるとしており、(B)原告がこのまま建築を続行すれば、制裁（不利益処分）を受けるおそれがあるため、建築を断念して請負代金を受け取れないという不利益を甘受するか、制裁を受けるリスクを負いつつ建築を継続するかというジレンマに立たされている。

(j) 東京高裁平成25年2月14日判決⁽²⁷⁾

(A)原告は所有地にある飲料水販売の目的で井戸から地下水を採取することにつき、地下水資源保全条例上のみなし許可を得ていると主張しているが、行政は当該許可における井戸水の利用目的は合成樹脂の成型加工等に限られており、飲料水販売目的で地下水を採取することはできないとしており、(B)原告が飲料水販売目的で地下水を採取すれば、制裁（不利益処分）を受けるおそれがあるため、原告は飲料水販売を断念してその不利益を甘受するか、制裁を受けるリスクを負いつつ地下水の採取を行うかというジレンマに立たされている。（なお、本事例の第1審判決⁽²⁸⁾は、確認

(26) <http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/20101004114947.pdf>

(27) <http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/20130912135420.pdf>

(28) 甲府地判平成24年7月17日 <http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/20120911160944>.

の利益に触れることなく、本案上の判断をして請求を棄却しており、控訴裁判決もそれを支持している。)

(k) 札幌地裁平成25年4月15日判決⁽²⁹⁾

(A) 行政は、原告の所有地の一部（以下、「本件通路」という。）が現存道路（建築基準法第3章の規定が適用されるに至った際現に存在する道であり、かつ、幅員4 m以上のもの（同法42条1項3号））に該当するとしているが、原告は本件通路が現存道路に該当しないと主張しており、(B)原告が自らの主張に従って本件通路を利用すると、制裁（不利益処分）を受けるおそれがあるため、原告は本件通路の土地の利用を断念してその不利益を甘受するか、制裁を受けるリスクを負いつつ土地利用を行うかというジレンマに立たされている。（なお、この事例は、後の建築確認に影響を及ぼすという観点から見ると、3の「申請拒否等の予防的排除」にかかる事例とも考えられる。）

論点

(Ⅲ) 確認訴訟の対象と〈権利〉〈法的地位〉

(b)～(k)の中で、確認の利益が認められず、訴えが却下されたのは、(c)(f)の事例であるが、これらは、いずれも原告に〈権利〉が存在しないことを理由として、訴えを却下している。

まず、(c)において、第1審判決⁽³⁰⁾は、原告の請求をオオクチバスを再放流してはならないという義務不存在確認と解した上で、

「個人のレジャー活動という私的領域に関する事柄一般について、憲法13条の基本的人権として保障される場合があり、魚釣りを楽しむことがこれに含まれると解する余地があるとしても、それ以上に、特定の公共用物において

pdf

⁽²⁹⁾ <http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/20131021094156.pdf>

⁽³⁰⁾ 津地判平成17年2月7日判時1921号45頁。

特定の魚類を採捕して放流するということまでをも含むものではないし、また、同様に原告らの主張する憲法19条及び20条によって保障される具体的な権利又は法的利益であるということもできず、原告らの主張する不安や危険は、事実上の影響にすぎず、法律上のそれであるとは認められない」

とし、控訴審も

「一般私人が琵琶湖のような公共用物（自然公物）を使用することによって享受する利益（いわゆる自由使用）は……特段の事情がない限り、公共用物が一般私人の使用に供されていることによる反射的利益にすぎず、……特定の個人が、上記オオクチバスを生きたまま琵琶湖に再放流する権利ないし法律上の利益を有しているとはいえない……そうすると、本件規定は、特定の個人の具体的な権利ないし法律上の利益に影響を及ぼすものではないから、控訴人には、本件規定に基づく禁止義務のないことの確認を求める法律上の利益を肯定することはできない」

としており、これを妥当とする見解⁽³¹⁾もある。

しかし、(c)の第1審判決、控訴審判決の論旨には大きな疑問がある。まず、公物については、「公物本来の目的を達成するために行われる」公物管理と、公物にかかる警察作用、すなわち「社会公共の安全と秩序を維持するために一般統治権に基づき国民に命令・強制する作用」に区別するのが通例である⁽³²⁾。控訴審判決は明らかに、また、第1審もおそらく、「放流禁止」を公物利用や利用権、すなわち公物管理に関するものとみなしているようである。しかし、公有水面において採捕したオオクチバス等を再放流してはならないというのは、生態系（自然環境）保護を目的とするものであるから、公物管理ではなく公物警察の問題である。警察作用（警察

(31) 石井昇「行政事件訴訟法4条以上後段に定める当事者訴訟—確認訴訟を中心に—」
甲南法務研究7号（2011年）8～9頁。

(32) 宇賀克也『行政法概説Ⅲ 第3版』（2012年）512頁。

法)による「自由」の制約という点では、(c)の事例は、(b)(d)(e)と変わらないのである。

もとより、個人の自由を法令で制限する(規制を加える)ことはできるが、それは当該規制に必要性が認められ、過度な制限にならない場合に限られる。必要性のない規制、過度な規制は、たとえ法令で定められていても、違憲違法として無効となる。(b)(d)(e)の訴えは、「法令で『〇〇をすること』が禁止されているが、それは不必要又は過度な規制を定めるもので違憲無効であるから、自分は『〇〇をすること』ができるはずだ」として、「〇〇をしうる法的地位」の存在確認を求めたものである。

〈権利〉を民事法におけるそれと同じ(あるいは、それに類する)ものとして解するならば、(b)の事例でも、原告には「第一類医薬品等を販売しうる〈権利〉」は存在しないし、(d)(e)の事例における「距離規制を超えて乗務員を事業用自動車に乗務させることができる〈権利〉」は存在しない。これらの事例の確認の対象となっている「第一類医薬品等を販売しうる法的地位」「距離規制を超えて乗務員を事業用自動車に乗務させることができる法的地位」とは、法令によりそれらが禁止されておらず(これらの行為をしても法令により制裁を科されることなく)、これを適法に行いうるということに過ぎない。

これは(g)(h)(i)(j)も同様である。(g)では原告の店舗における店舗型性風俗営業が、(h)では原告の商品交換機における有害図書類の販売が、(i)では原告が請け負った建築物の建築が、(j)では原告の井戸における飲料水販売目的での水の採取が、法令で禁止されているものにあらず、(これらの行為をしても法令により制裁を科されることなく)、これを適法に行いうるということの確認が求められている。(k)では土地が問題となっているが、この事例で確認の対象となっているのは、民事法における土地の所有権、地役権、地上権のような〈権利〉ではなく、原告の所有する特定の土地を建築基準法によって私道に課された制限を被ることなく利用できると

ということなのである。

確認の対象とされているものは、(b)(d)(e)では「〇〇をすることができる法的地位の存在」、(j)では「〇〇をする権利の存在」、(h)では「〇〇する義務の不存在」、(g)(i)では「〇〇に法令の適用がないこと」、(k)では「〇〇に該当しないこと」となっているが、これらの違いは何ら本質的なものではなく、各々の事例において「原告が適法に〇〇をしようということ」を、各事例に応じて適切と思われる「法的地位」⁽³³⁾「権利」「義務」……という言葉で表現したに過ぎないのである。

(c)の事例で、原告は「条例で『オオクチバス等の再放流』が禁止されているが、それは不必要又は過度な規制を定めるもので違憲であるから、自分は『再放流すること』ができるはずだ」として「再放流禁止義務」の不存在確認を求めている。これは(b)(d)(e)と、さらに(g)～(k)とも同様であり、(b)(d)(e)や(g)～(k)において確認訴訟による救済が認められるのであれば、(c)において「琵琶湖に放流する〈権利〉がないから」という理由では確認訴訟が不適法とされることはないはずである。(b)(d)(e)や(g)～(k)においても、「〇〇をしよう〈権利〉」などが存在しないことは(c)と同じだからである。

ただし、(c)の事例には、(b)(d)(e)などと性格が異なるところがないというわけではない。例えば、(b)の事例で禁止されているのは、第一類・第二类医薬品の郵便等販売であり、これを断念した場合、郵便等販売を中心に営業をしていた原告は大きな経済的不利益を被ることになる。これに対して、(c)の事例で、禁止されているのはオオクチバス等の再放流であり、これを断念することにより原告が被る不利益は、キャッチ・アンド・リリー

⁽³³⁾ 大貫裕之「実質的当事者訴訟と抗告訴訟に関する論点 覚書」阿部古稀記念『行政法学の未来に向けて』（2012年）663頁によれば、「『地位』の語は、行政法においては『法律関係』『権利義務関係』と比べてより不定型なものを含む」という。

スができなくなることによる心理的不満感である。さらに、(b)の事例で問題となっている営業活動は、憲法で補償されている「経済活動の自由」の範疇に属するのに対して、(c)の事例で問題となっている娯楽としての釣りは、(c)の第1審判決がいうように「憲法13条の基本的人権として保障される場合がある」という程度に過ぎない。このような違いが、「確認の利益」の有無について違いを生ずると考えることもできるだろう（このことについては後で検討する）。

しかし、繰り返しになるが、「再放流する〈権利〉がないから」という理由で、(c)を不適法とすることは失当である。これ以外にも、(c)の第1審判決、控訴審判決の判示内容には妥当ではないところがあり⁽³⁴⁾、これらは確認訴訟における「確認の対象」や「確認の利益」⁽³⁵⁾についての先行裁判例としての価値を持ち得ないように思う。

(34) (c)の第1審判決や控訴審判決は、「法律上の利益」「反射的利益」という言葉を使っている。行政法学における「法律上の利益」や「反射的利益」というのは、通常、法律が規制対象者に規制を及ぼしている結果として、第三者が利益を受けている場合、当該第三者が抗告訴訟における原告適格を有するかという判断の際に用いられる概念であるが、(c)の原告は、規制対象者であって、規制により利益を受ける第三者ではない。(c)の条例には行政処分の規定はなかったが、仮に、これらの規定が存在したと仮定すると、原告はキャッチ・アンド・リリースを行って、禁止命令を出されるような立場、いわば、潜在的な名あて人という立場にある。禁止命令を受ければ当然に原告適格を有するのであって、ここで「法律上の利益」とか「反射的利益」を持ち出す余地はない。なお、「反射的利益」という概念は、給付の権利性を否定する際にも用いられる（例えば、原田尚彦『行政法要論 全訂第7版補訂2版』（2012年）95頁）が、(c)の原告は、公有水面で釣りをする権利等（給付）を求めているわけではなく、釣りができることを前提として、釣った魚を再放流することの禁止（規制）の排除を求めているので、「反射的利益」が給付の文脈で用いられているとしても失当である。

(35) 後でも述べるが、(c)の事例では、確認の利益はないという結論自体は妥当であるように思われる。(c)の第1審判決、控訴審判決が失当なのは「再放流する〈権利〉がないから、確認の利益がない」という理由付けについてである。

同じく〈権利〉の不存在を理由に、確認訴訟を不適法とした(f)の控訴審判決も、同様の問題を含んでいる。判決はまず、

①「ある者が土地を産業廃棄物の処分場として使用する権利自体は、土地の所有権その他の私法上の土地使用权を権原としたものである」

という。しかし、廃棄物の処理及び清掃に関する法律（以下「廃掃法」という。）は、土地使用权を有する土地でも、そこで産業廃棄物処分施設設置許可なしに産業廃棄物を処分することを禁じている（自分の所有地でも許可なしに産業廃棄物の処理を行えば、不法投棄とみなされる）。廃掃法上の施設設置許可は「当該施設で適法に産業廃棄物を処理することができる法的地位」を設定するものである。(f)の原告は、ミニ処分場を保有しており、これにより同処分場で許可を得なくても「当該施設で適法に産業廃棄物を処理することができる法的地位」を有していると主張しているのであって、私法上の土地使用权を権原とする「土地を産業廃棄物処分場として使用する〈権利〉」を問題にしているのではない。同判決は、この点を見誤っている。

次に、同判決は

②「平成9年改正令の施行前に既設ミニ処分場を設置している者があったとしても、平成9年改正令が何らの経過措置を設けていないことに照らすと廃掃法その他の関係法令において、当該既設ミニ処分場を設置利用している者に対し何らの公法上の権利が付与されているわけでないことは明らかである」から、「公法上の法律関係に関する確認の訴えに当たると解することはでき」ず、「控訴人の本件地位確認請求は、不適法なものとして却下を免れない」

とする。一般に既設のミニ処分場で産業廃棄物を処分することは違法とはみなされていないので、「既設ミニ処分場を設置利用している者に対し何らの公法上の権利が付与されているわけでない」ということの意味は、ミ

ミニ処分場で産業廃棄物を処分することができないということを意味するのではないはずである。①とあわせて考えると、ミニ処分場で廃棄物を適法に処分することができたとしても、これは「公法上の権利」とはいえないという意味なのだろう。

しかし、この事例で、原告がその存在を主張しているのは、「自分はミニ処分場を保有しており、そこで産業廃棄物を処分しても、法令で禁止されているものにあたらない（制裁を科されることなく処分しうる）」という意味での「当該ミニ処分場で適法に産業廃棄物を処分しうる法的地位」である。先に述べたようにこの種の法的地位の存否が確認訴訟の対象となりうることは、(b)(d)(e)及び(g)～(j)において認められている⁽³⁶⁾。仮に、ミニ処分場が存在したという事実が認められない（これは第1審の認定した事実である）とか、ミニ処分場が存在したとしても法令上原告は当該ミニ処分場で産業廃棄物を処理することが認められないというのであれば、このことは本案で判断すべきことであり⁽³⁷⁾、訴えを適法と認めた上で、請求棄却の判決をすべきだろう。

以上のようなことから、(f)の控訴審判決の①②が（さらに、後で検討す

⁽³⁶⁾ 大貫・前掲注33・642～643頁は、「営業許可が取り消された場合に提起する当該取消処分の無効を前提とする『営業する地位にあることの確認訴訟』」につき「許可を巡る関係（自由の解除に係る関係）は、伝統的法律学では『法律関係』とはみられて」おらず、「権利と自由は、その地位の保護のあり方や、地位に基づく活動のコントロールのあり方においてもある程度定型的に異なっている」のは確かであるが、「おそらく現在は自由を巡る関係も法律関係として訴訟の対象とすることが認められるべきで」あり、「『営業する地位にあることの確認訴訟』は現在の法律関係に関する訴訟として認めるべきであろう」とするが、許可なしに営業できる地位にあることの確認訴訟も、これと同じことがいえる。

⁽³⁷⁾ 小山正善「判批」岡山大学法学会雑誌59巻2号（2009年）249頁以下や、確井光明「公法上の当事者訴訟の動向(1)」自治研究85巻3号（2009年）28頁も、この判決は本案判断事項を訴訟要件に前倒ししているのではないかと疑問を呈している。

るが、確認の利益について判示した部分についても）妥当性を欠くものであることは明らかであり、(c)と同様に、確認訴訟における「確認の対象」や「確認の利益」に関する先行裁判例としての価値を持ち得ないように思う。

そうなると、2-1及び2-2のような場面において、「確認の対象」という観点から、「公法上の法律関係に関する確認の訴え」にあたらないと解することはできず、これらの場面において確認の利益が認められれば、確認訴訟による救済を求めることができるということについては、最高裁判決を初めとする一連の裁判例により確立しているということができよう。次に、どのような場合に確認の利益が認められるのかについて、検討してみたい。

(Ⅳ) 「確認の利益」の判断基準

(f)の控訴審判決は、

③「仮に控訴人の本件地位確認請求が公法上の法律関係に関する確認の訴えに当たると解する余地があるとしても、このような訴えについて確認の利益があるというためには、控訴人に対して予想される刑事処分その他の不利益処分をまっぴがって、これに関する訴訟等において事後的に本件許可の取得の可否を争ったのでは回復しがたい重大な損害を被るおそれがある等の特段の事情が存在しなければならない（最高裁平成元年7月4日判決、裁判集民事157号361頁参照）」ところ、「既設ミニ処分場が存在するか否かについて、控訴人と行政当局ないし捜査機関との見解が対立し、最終的に控訴人が刑事処分等の手続に付せられることになったとしても、それらの手続において上記の点を争うことができるのであって、予め本件許可の可否を確認しなければ回復しがたい重大な損害を被るおそれがあるということはできず、他に上記の特段の事情が存在することを認めるに足る証拠はない」

としている。(f)の控訴審判決が引用しているのは、いわゆる横川川事件の判旨である。(f)の控訴審判決は、2004年行訴法改正の後も、確認訴訟に

における確認の利益の判断基準は、横川川事件判決の〈後続の処分等にかかる訴訟では回復しがたい重大な損害を被るおそれ等の特段の事情〉によるべきものとしているのである。

しかし、(a)の最高裁判決は、

「通達を踏まえ、毎年度2回以上、都立学校の卒業式や入学式等の式典に際し、多数の教職員に対し……職務命令が繰り返し発せられており、これに基づく公的義務の存在は、その違反及びその累積が懲戒処分の処分事由及び加重事由との評価を受けることに伴い、勤務成績の評価を通じた昇給等に係る不利益という行政処分以外の処遇上の不利益が発生し拡大する危険の観点からも、都立学校の教職員として在職中の……上告人らの法的地位に現実の危険を及ぼすものといえることができ……処遇上の不利益が反復継続的かつ累積加重的に発生し拡大していくと事後的な損害の回復が著しく困難になることを考慮すると、本件職務命令に基づく公的義務の不存在の確認を求める本件確認の訴えは、行政処分以外の処遇上の不利益の予防を目的とする公法上の法律関係に関する確認の訴えとしては、その目的に即した有効適切な争訟方法であるといえることができ、確認の利益を肯定することができるものといえるべきである」

としており、横川川事件判決の〈後続の処分等にかかる訴訟では回復しがたい重大な損害を被るおそれ等の特段の事情〉までは要求していないように思われる。実際、給与などの処遇上の不利益は金銭上の不利益なので、不利益を被った段階で、本来受け取ることのできる給与との差額を求める給付訴訟、地方公務員法上の措置要求とそれに不服な場合の取消訴訟などにより救済は可能である。にもかかわらず、勤務成績の評価を通じた昇給等に係る不利益が「反復継続的かつ累積加重的に発生し拡大していく」という指摘をした上で、確認の利益を認めた(a)の判決は、横川川事件よりも緩やかに確認の利益を肯定しているといってもよいだろう。

ここで、問題となるのは、最高裁判所の意図が、「不利益が反復継続累

積加重することにより事後的回復が著しく困難になること」を確認の利益の、①必要条件（「……著しく困難になる」のでなければ確認の利益は認められない）と解しているのか、②十分条件（本件では「……著しく困難になる」ので、当然に確認の利益は認められるということをいっているだけで、「……著しく困難になる」場合でなくとも確認の利益は認められることがある）と解しているのか、ということである。

最高裁判所が確認の利益が認められることを前提としてしていると解される(b)の事例も、事業者が郵便等販売を継続すれば、処分が反復継続し、不利益が累積加重する可能性はある。しかし、(a)の事例が定期的に行われる式典ごとに不起立不斉唱を続ければ不利益が積み重なることが明らかであるのに対し、同程度には、反復継続性・累積加重性があるとはいえない。これ以降に出された下級審の判決の中には、(d)のように

「本件乗務距離規制違反を理由として法40条に基づく処分や警告を受ける蓋然性が高く、これが反復継続的かつ累積加重的にされる危険が現に存在するのであるから、本件乗務距離規制によって、原告の法的地位に現実の危険ないし不安が生じており、事後的な損害の回復が著しく困難な状況にあるといふべきである」

として、「不利益が反復継続累積加重することにより事後的回復が著しく困難になること」に言及するものがあるが、これも(b)と同様、(a)と同程度ほどには反復継続性・累積加重性があるとはいえない事例である。

反対に、同じく乗務距離規制が問題になった(e)は、

公示の適法違法とその義務の存否につき「原告らと被告との間には現実的かつ実際の紛争が生じているものと認められ」、「運輸規則22条1項及び本件公示は営業の自由に係る事業者の権利の制限に当たるといことができ、その権利の性質に鑑みると……本件公示をめぐる法的な紛争の解決のために有効かつ適切な手段として、確認の利益を肯定すべきである」

としているが、「不利益が反復継続累積加重することにより事後的回復

が著しく困難になること」に言及していない。また、(j)(k)についても、「……著しく困難になること」が妥当するような事例ではないように思われる。

以上を考えあわせると、(a)の最高裁判決は確認の利益につき「一般論を述べることなく、事例判断にとどめたもの」⁽³⁸⁾であり、「このレベルが確認の利益肯定の十分条件であるとしても、必要条件とまで考える必要はない」⁽³⁹⁾とする見方が妥当であろう。

すなわち、確認の利益の判断基準としては、横川川事件のいう「後続の処分等にかかる訴訟では回復しがたい重大な損害を被るおそれ等の特段の事情」という基準は実質的に破棄され⁽⁴⁰⁾、「不利益が反復継続累積加重することにより事後的回復が著しく困難になる」場合に確認の利益が認められることは最高裁判決により明らかであるが、これは十分条件に過ぎず、確認の利益の必要条件については、不明確なところが残っているということになる。次に、下級審の裁判例を参照しながら、確認の利益の必要条件について検討してみよう。

(V) 規制に従うことによる不利益と「確認の利益」

2-1及び2-2のような場面において確認の利益が認められるためには、少なくとも、(A)(A')のような見解の対立により、原告が現実の不利益を被っていることが必要であろう。

オオクチバス等の再放流禁止規定が問題となった(c)の事例においては、規定の合憲性について見解の対立はあるが、禁止に違反した場合の制裁

(38) 村上裕章「判批」判例評論651号（2013年）5頁。

(39) 石崎誠也『判批』別冊ジュリスト212号（2012年）441頁。

(40) 2004年行訴法改正における当事者訴訟活用論の趣旨から、横川川事件の基準を確認の利益に適用すべきではないとする見解は、以前から支配的であった。これについては、春日掲注(4)・25～26頁を参照。

（刑罰、不利益処分……）規定はなく、代替的作為義務ではないので代執行も考えられない。そうすると、再放流禁止が違憲だと考えている原告は、単にこれを無視すればいいのであって、そうしても、原告に実害はないことになる。当該行為が違法と評価されていることが不快であるとか、名誉感を傷つけられるということはあるにせよ、それだけでは確認の利益を基礎付ける「現実の危険・不安」とはいえないように思われる。したがって、先にみたように、理由付けが適切ではないものの、(c)の第1審判決、控訴審判決が確認の利益を否定したこと自体は、結論において妥当であるということになる。

ところで、(A)(A')のような見解の対立により原告が被る不利益は、

①規制に従うことによる不利益

=後に制裁を受けるおそれから、原告が妥当と考えている法の解釈適用（ある行為を禁止している法令が違憲違法である、自らのしようとしている行為は法令で禁止されているものにあたらない……）によらず、規制に従った（当該行為をしなかった）場合に被る不利益、と

②制裁による不利益

=原告が妥当と考えている法の解釈適用に従って当該行為をした場合に課せられる制裁により原告が被る不利益

に分けて考えることができる。

例えば、(a)の事例であれば、①は式典の国歌斉唱において起立斉唱することによる不快感とそれにより憲法上の権利たる思想・良心の自由が侵害されること、②は勤務成績の評価を通じた昇給等に係る不利益（さらに、それが何度も繰り返され拡大すること）であり、(b)の事例であれば、①は第一類医薬品等の郵便等販売を中止することにより被る経済的損失、②は郵便等販売を行ったことによる不利益処分（薬事法72条の4第1項に基づく措置命令、同法75条1項に基づく薬局開設許可等の取消処分）である。

(a)～(k)の裁判例には、確認の利益の判断に際し、①あるいは②レベルの不利益に言及するものがある。例えば、(a)において、最高裁判所は、先にみたように、確認の利益を肯定する理由として、「勤務成績の評価を通じた昇給等に係る不利益という行政処分以外の処遇上の不利益が発生し拡大する危険」をあげているが、これは②レベルの不利益にあたる。

他方、(b)の控訴審判決は「本件改正規定が控訴人らに適用されるとすると、営業活動の制限を受け、その営業活動によって得ていた利益を得ることができなくなり、継続的に損害が拡大していくこととなるから、本件確認の訴えは、その不利益を排除しかつ予防することを目的とする公法上の法律関係に関する確認の訴えとして、その目的に即した有効適切な争訟方法であるということが出来るから、本件においては、その確認の利益を肯定することが出来るというべきである」としており、これは①レベルの不利益である。

(b)～(k)の事例において、①のレベル、すなわち原告が自らの見解を押し殺して、法令や行政の見解に従った場合に生ずる主たる不利益⁽⁴¹⁾について検討すると、(c)がオオクチバス等を再放流できないことによる不満感である以外は、すべて経済的損失にあたる。(b)で確認の利益が認められていることから、①のレベルにおける経済的不利益が認められる場合、それが確

(41) 主たる不利益以外に、副次的な不利益も考えることができる。例えば、(d)(e)の乗務距離制限については「乗務距離規制があること自体によって、タクシー運転者は、最高限度を超えない場合であっても、現在の乗務距離はどれくらいか、長距離乗車の申込みがあった場合、最高限度を超過しないかなど乗務の最中にも様々なことに気を取られることになる。……個々の運転者が大きなストレスや輸送上の危険性を抱えながら乗務せざるを得ないというのは、個々の運転者にとっての不利益であるとともに、法人としてのタクシー事業者の不利益でもある」との指摘がある（濱和哲「処分差止訴訟との交錯が生じうる場面における当事者訴訟（確認訴訟）の活用について」水野古稀記念『行政と国民の権利』（2011年）122頁）。

認の利益の基礎付けとなりうると考えるべきだろう⁽⁴²⁾。

では、①レベルにおいて、原告が規制に従うことにより被る不利益が、金銭的なものでない場合はどうであろうか。(a)については②レベルで生ずるのが、主として金銭的損害であるが、①レベルの不利益は、国歌斉唱時に起立斉唱するという精神的不快感（非経済的な不利益）である。しかし、(a)の場合、このような不快感は、憲法上保障された思想・良心の自由の侵害にあたるものであるから、確認の利益は認められてしかるべきだし、実際に最高裁判決において認められた。

では、(c)の事例において、仮に再放流した場合の刑罰規定などがあり、②レベルの不利益が認められた場合、確認の利益は肯定されるべきなのだろうか。このような場合の①レベルでの主な不利益は、意思に反して再放流を強いられることによる不快感で、非経済的不利益であることは(a)と同様であるが、第1審判決がいうように「個人のレジャー活動という私的領域に関する事柄一般について、憲法13条の基本的人権として保障される場合があり、魚釣りを楽しむことがこれに含まれると解する余地がある」という程度で、(a)と異なり、憲法上の権利に直接関わるものではない。

①レベルにおける、このような性格を理由に、(c)のような不利益では「原告の権利または法律的地位に不安が現に存在し、かつ不安を除去する方法として原告・被告間でその訴訟物たる権利または法律関係の存否の判

(42) もちろん、事例によって金額の多寡はある。例えば、(b)の事例における原告は主としてインターネット販売により薬品の販売を営んでいたものであり、郵便等販売ができないと、非常に多額の損害が生じ、企業の存続そのものに悪影響を与えることが予想されるが、(d)(e)の場合、乗務させることができる距離が少なくなるだけなので、(b)に比べれば金額も少なく、企業経営に与える影響も小さいだろう。しかし、民事訴訟における債務存在不存在確認における確認の利益の有無が、金額の多寡により影響を受けないのと同じように、当事者訴訟においても経済的損害の額により確認の利益に違いが生ずると考えるべきではなからう。

決をすることが有効適切である場合」にあたらないので、確認の利益を欠くと解することも、考えられなくはない。

しかし、法令や法令適用により私人がしようとしている特定の行為が禁止されれば、すなわち、自由が制限されれば、確認の利益の基礎付けとしては十分であるとも考えられる。禁止された行為が憲法上の権利にかかるものであるか否かとか、禁止によって原告が被る不利益の性格や大小とかいったことは、確認の利益のレベルではなく、本案上の問題として規制の適否を判断する際の考慮事由に留まると解することもできるからである。すなわち、キャッチ・アンド・リリースの禁止は、公有水面における規制であり、これにより原告が受ける制約も小さく、憲法上保護された権利自由に直接かかるものではないので、条例でこれを禁止しても違憲違法とみなされる可能性は低いが、郵便等販売の禁止は、憲法で保障された経済活動の自由にかかるものであり、郵便等販売により営業活動を行っていた者が被る不利益も大きいので、これを禁止するためには明確な理由付けが必要であり、これを欠く場合は違法なものとみなすべきであるといった違いである。

私見によれば、禁止により原告が被る不利益は、確認の利益の有無よりも、本案上の問題の考慮要素として考える方が妥当であり、①のレベルにおいては自由が制限されたというだけで、確認の利益を基礎付けるのに十分であるように思われる。ただし、これは現在の裁判例では未だ不明確であるといわざるを得ない。

(VI) 制裁による不利益と「確認の利益」

(b)～(k)の事例において、規制に従わなかった場合に予定されている制裁の多くは、不利益処分である。この場合、当該行為をすることができる地位等の確認訴訟（当事者訴訟）と、当該行為をしたことを理由とする不利益処分の差止訴訟（抗告訴訟）との関係をどのように整理するかが、問題

となる。

(a)の最高裁判決は、式典における不起立不斉唱等を理由とする懲戒処分
の差止訴訟を適法と認めた上で、

①確認訴訟を「将来の不利益処分たる懲戒処分の予防を目的とする無名抗告
訴訟として」捉えると、「実質的には、本件職務命令の違反を理由とする懲
戒処分の差止めの訴えを本件職務命令に基づく公的義務の存否に係る確認の
訴えの形式に引き直したものである」といえる。」「法定抗告訴訟である差止
めの訴えとの関係で事前救済の争訟方法としての補充性の要件を欠き、他に
適当な争訟方法があるものとして、不適法というべきである」

としつつ、先にみたように

②「行政処分以外の処遇上の不利益の予防を目的とする公法上の法律関係に
関する確認の訴えとしては……確認の利益を肯定することができる」

とした。これは、①'規制に従わなかった場合の制裁が行政処分である場
合、差止訴訟によるべき（このような場合の確認訴訟は無名抗告訴訟で
あって、差止訴訟との関係で不適法）であり、②'確認訴訟（当事者訴訟）
は規制に従わなかった場合の制裁が行政処分以外の不利益である場合にし
か認められないとも読むことができる。

しかし、(b)の最高裁判決を考え合わせると、①'②'のような読み方をす
ることは妥当ではない。(b)の事例において、規制に従わなかった場合の制
裁は、行政処分（薬事法72条の4第1項に基づく措置命令、同法75条1
項に基づく許可取消し）のみであるにもかかわらず、最高裁判所は確認訴
訟（当事者訴訟）が適法であることを前提として本案上の判断をしている
からである。(a)の①は単に「本件事案において差止訴訟が適法とされる争
点につき確認判決により紛争解決を図る必要はない、という自明の事柄の
説示と解すべきであ」って、「行政処分の法的効果を予防的に争う場合全
般に確認の利益が否定されるという、公法上の確認訴訟の補充性に係る一

般的命題を示したものとは言えない⁽⁴³⁾と解するのが、相当だろう⁽⁴⁴⁾。実際、(a)の後に示された、(d)(e)(k)等の事例も規制に反した場合の制裁は不利益処分のみであるが、これらの判決は制裁が不利益処分であることを全く問題とすることなく、確認の利益を認めている。

規制に従わなかった場合の制裁が不利益処分である場合も、確認訴訟(当事者訴訟)により、当該規制に服する義務の可否を争うことができるとしても、差止訴訟が損害の重大性を要件としていることとの関係を、どのように解すべきかという問題が残る。

これについては、大阪地裁平成19年8月10日判決⁽⁴⁵⁾(後掲(1))の第1審判決)のように、差止訴訟等の訴訟要件として損害の重大性が定められていることを理由に「公法上の法律関係に関する確認の訴えにおいても、確認の利益を肯定するためには、行政の活動、作用等(不作為を含む。)により国民の法的地位に何らかの不安、危険が生じているだけでは足りず、少なくとも、行政の活動、作用等により国民に重大な損害を生ずるおそれがあり、かつ、その損害を避けるため他に適当な方法がないことが必要であると解すべきである」とする考え方もあり得る。

(43) 橋本博之「判批」ジュリスト臨時増刊1453号(2013年)52頁。

(44) 「一般用医薬品の郵便等販売を行った場合、医薬品販売業等の許可取消しや業務停止処分等を受ける可能性があるが、直ちに刑事罰を科せられるわけではないため」(a)の最高裁「判決の考え方からすれば」、(b)「は無名抗告訴訟としての確認の訴えとして位置付けられることになるであろう」(村上裕章「判批」判例評論651号(2013年)5頁)との見方もある。理論的にそのように解する余地がないことはないが、(b)の第1審判決、控訴審判決がこの事例は確認訴訟(当事者訴訟)と解していたこと、(b)の最高裁判決が無名抗告訴訟としての確認訴訟を認めたものであるとすれば、無名抗告訴訟を限定的に解していた(a)の最高裁判決や多くの先行裁判例と矛盾することから、(b)の最高裁判決は確認訴訟(当事者訴訟)として本案上の判断を行ったものと解すべきだろう。

(45) 判タ1261号164頁。

(a)の最高裁判決は、差止訴訟の訴訟要件につき、

①「本件通達を踏まえて懲戒処分が反復継続的かつ累積加重的にされる危険が現に存在する状況の下では、事案の性質等のために取消訴訟等の判決確定に至るまでに相応の期間を要している間に、毎年度2回以上の各式典を契機として上記のように懲戒処分が反復継続的かつ累積加重的にされていくと事後的な損害の回復が著しく困難になることを考慮すると、本件通達を踏まえた本件職務命令の違反を理由として一連の累次の懲戒処分がされることにより生ずる損害は、処分がされた後に取消訴訟等を提起して執行停止の決定を受けることなどにより容易に救済を受けることができるものであるとはいえず、処分がされる前に差止めを命ずる方法によるのでなければ救済を受けることが困難なものであるということができ、その回復の困難の程度等に鑑み、本件差止めの訴えについては……『重大な損害を生ずるおそれ』があると認められるというべきである」

とし、確認訴訟の確認の利益についても、先にみたように

②「処遇上の不利益が反復継続的かつ累積加重的に発生し拡大していくと事後的な損害の回復が著しく困難になることを考慮すると、本件職務命令に基づく公的義務の不存在の確認を求める本件確認の訴えは、行政処分以外の処遇上の不利益の予防を目的とする公法上の法律関係に関する確認の訴えとしては……確認の利益を肯定することができるものというべきである」

としており、差止訴訟における損害の重大性と、確認訴訟における確認の利益を同じようなレベルで判断しているようにも読める。

しかし、上記②が確認の利益の十分条件ではあるが、必要条件ではないと解すると、確認訴訟における確認の利益につき、差止訴訟と同様の損害の重大性を求める必要はないということになる⁽⁴⁶⁾。

(46) 山本隆司「行政処分差止訴訟および義務不存確認訴訟の適法性」論究ジュリスト 3号（2012年）127頁は、(a)の最高裁判決における確認訴訟は極めて特殊な事例であ

下級審の裁判例をみると、(d)(e)(i)で、原告は規制に服する義務のないこと（〇〇をしうる法的地位にあること……）の確認訴訟と、規制に従わなかったことを理由とする不利益処分差止訴訟を併合提起している。このうち、(d)の判決は確認訴訟と差止訴訟をどちらも適法と認めているが、(e)(i)は確認訴訟を適法とする一方で、損害の重大性を欠くという理由で、差止訴訟を不適法としている。すなわち、(e)で大阪地方裁判所は、

①乗務距離規制違反を理由とする事業用自動車等の使用の停止、事業の停止又は許可の取消しの各処分の差止訴訟につき、(ア)乗務距離規制違反の指摘を受けている原告については、現時点では最も重い不利益処分でも120日の使用停止に留まり、また、使用停止とされるのは事業用自動車の20%に過ぎないので、配車依頼に対する対応がある程度阻害されたとしても、社会的信用失墜の程度が大きいとは言えず、使用停止処分を受けた事実が公表されたとしても、取消訴訟に勝訴すれば、名誉や信頼の回復は可能であり、また、これらの被害に対する救済は金銭賠償によることとしても不相当とは言えないので、損害の重大性が認められず、(イ)後に事業停止処分や許可取消処分を受ける可能性はあるが、事業停止処分や許可取消処分がされる蓋然性は今後の未遵守率によるのであって、蓋然性があるとはいえず、事業停止処分や許可取消処分を受ける可能性があることをもって、使用停止処分にかかる損害の重大性が認められるとも言えない

として、請求を却下している⁽⁴⁷⁾。他方、

り「処分以外の不利益措置が、公的義務違反が不利益処分の事由に該当することを理由になされるのではなく、直接に公的義務違反を理由になされる場合、例えば、義務違反を理由に改善命令や許可の取消し等の処分のみならず違反事実の公表や刑罰の賦課等がなされる可能性がある場合には、本判決の射程は及ば」ず、「こうした場合には、公的義務を対象にした当事者訴訟としての確認訴訟および確認の利益の認定を、留保なく認めるべきであろう」とする。

(47) なお、乗務距離規制違反の指摘を受けていない原告、既に行われた処分にかかる乗

②乗務距離規制を超えても事業用自動車に乗務させることができる地位にあることの確認訴訟については、公示の適法違法とその義務の存否につき「原告らと被告との間には現実的かつ実際の紛争が生じているものと認められ」、「運輸規則22条1項及び本件公示は営業の自由に係る事業者の権利の制限に当たるといことができ、その権利の性質に鑑みると、原告らが本件公示にかかわらず、日勤勤務運転者につき1乗務当たり250キロメートルを超えて乗務をさせることができる地位の確認を求める本件確認の訴えについては……本件公示をめぐる法的な紛争の解決のために有効かつ適切な手段として、確認の利益を肯定すべきである（なお、運輸規則22条1項及び本件公示の適法性・憲法適合性を争うためには、本件公示に違反する態様で事業活動を行い、各不利益処分を受けた上で、それらの行政処分の抗告訴訟において上記適法性・憲法適合性を争点とすることによっても可能であるが、そのような方法は営業の自由に係る事業者の法的利益の救済手続の在り方として迂遠であるといわざるを得ず、本件公示の適法性・憲法適合性につき、上記のような行政処分を経なければ裁判上争うことができないとするのは相当ではないと解される。）」

としている。次に、(i)の第1審判決は、

①建築中止命令の差止訴訟につき、原告が建築を請け負っている建築物が違法建築とみなされ、工事停止命令があっても、本件に関する事情を知っている建築主が、原告に損害賠償請求をするか疑問であり、原告の信用失墜も考えがたいこと、本件建物の建築に要する費用、請負代金が多大（それぞれ、10億超、7億7700万円）であることは認められるが、中止命令による損害

務距離規制違反以外の違反指摘を受けていない原告は、処分の蓋然性を欠くものとしている。このような蓋然性の捉え方は、(a)の最高裁判決が、国歌斉唱時における不起立不斉唱等を理由とする懲戒処分につき「1回目は戒告、2回目及び3回目は減給、4回目以降は停職となっており、過去に他の懲戒処分歴のある教職員に対してはより重い処分量定がされているが、免職処分はされていない」として「免職処分がされる蓋然性があるとは認められない」とした判断と同様の考え方によるものであろう。

がそのような多額に及ぶということはできず、金銭的損害であるため事後の賠償により損害の回復が困難ともいえないことから、差止訴訟の訴訟要件である損害の重大性が認められない

として、訴えを却下した。他方、

②建築主が平成19年9月27日付けの建築確認に基づき本件建物の工事をする権利の確認訴訟については、「確認の利益は、原告の権利又は法的地位に危険、不安が現に存し、その危険、不安を除去するために確認の訴えが必要かつ有効、適切であるといえる場合には認められるべきである」が、本件で「原告は……本件建物の建築工事を実施すべき義務を負うものの、同工事を実施すれば、福岡市長からその停止を命ぜられる蓋然性が高いという不安定な立場に立たされており、同工事を断念するか、停止命令及びこれに伴う不利益の危険を冒して、あえて同工事を実行するかの二者択一を迫られている状況にあり、その権利ないし法的地位に危険、不安が現に存在しているといえることができる。……確認請求が認容されれば、その判決の効果として、被告が原告との間で、本件建物が工事中の建築物に当たらないとして、これに本件条例が適用されると判断することは許されなくなると考えられ、同請求は有効適切な手段というべきである」から、「本件確認請求には、確認の利益が認められる」

とした。(i)の控訴審判決も、

①差止訴訟につき、第1審判決の理由を引用した上で、本件事情の下で停止命令を受けても、それに対して取消訴訟を提起すれば「停止命令による工事の遅延は控訴人の責めに帰すべき事由によるものといえないことが明らかになるから、工事遅延による控訴人の信用毀損や経済的損害はその回復が可能であ」って、損害の重大性を欠き、差止訴訟は不適法である

とし、他方、

②本件建築物にかかる建築工事につき、本件条例の適用がないことの確認訴訟（控訴審段階での追加請求）について、「被控訴人は、本件通知を通して、

建築主に対し、本件建物は、本件条例の施行の際、『現に建築…工事中の建築物』に当たらず、本件条例が適用されると判断していることを明らかにしていることからすると……控訴人が請負人として本件建物の建築工事を施工した場合には、福岡市長から建築基準法9条1項に基づく是正措置を命じられる可能性が高く、このような是正措置を命じられることにより、控訴人は、その信用が毀損されたり、除却のための費用を支出するといった損害を受けるおそれがある。……控訴人は、施主……に対しては、本件建物の建築工事を施工すべき債務を負う一方で、同工事を施工すれば、福岡市長から建築基準法9条1項の是正措置を命じられる可能性が高いという立場にあり、その法的地位に、現実的かつ具体的な危険、不安が現に存在しているということが出来る」ところ、上記のように差止訴訟等による救済を求めることはできないので、「本件建物に本件条例の適用がないことの確認を求める訴えが認められない以上は、控訴人としては、本件建物についての本件条例の適用の有無につき、その適用があるという被控訴人の見解を知りつつ、本件建物の建築工事を実施し、福岡市長から建築基準法9条1項の是正措置を命じられた上で、その是正措置が違法であるとしてその取消しを求める抗告訴訟を提起しなければならないこととなる」が、「上記是正措置を命じられる可能性が高いことを考慮すると、上記適用の有無を確定しないまま、あえて建築工事を行うべきであるとするのは、その手段として迂遠であるばかりか、建築工事の材料及び労力を無駄に費やすこととなり、社会経済的な損失を生じさせることになる」ので、「控訴人において、本件建物について本件条例の適用があるか否かの確認を求めるについて、その必要性は高いものといえる」

とした。このように(e)(i)の事例における判決は、一致して、損害の重大性が認められないことを理由に、後続の不利益処分の差止訴訟が不適法とされる場合であっても、原告が従う必要のない規制に従うか、（損害の重大性は認められない）不利益処分を受けるリスクを負いつつ、規制に従わないことを選ぶかというジレンマが成り立つことをもって、確認の利益を認めている。

さらに、(e)の判決と(i)の控訴審判決は、確認訴訟が不適法とされた場合、原告は制裁を予期した上で禁止された行為をし、それに対する不利益処分を待って取消訴訟によりこれを争うことになるが、これは救済手段として迂遠であると指摘している。確かに、(b)～(k)のすべてにおいて、規制の可否（規制を定める法令が違憲違法なのか、原告のしようとしてる（した）行為が法令で禁止されたものにあたるのか）という論点については十分に成熟しており、不利益処分の段階まで待ったとしても、この論点についての紛争がより具体化するというわけではないので、不利益処分段階を待つことなく、確認訴訟が提起された段階で十分な成熟性は認められよう。

また、確認の利益を認めた他の下級審判決のうち、確認の利益を認めた根拠について触れているものを概観すると、

- (b)の第1審判決：改正省令により、原告が行ってきた医薬品の販売を行うことができなくなったこと
- (b)の控訴審判決：第1審の理由付けに加えて、営業活動の制限による損害が継続的に拡大すること
- (d)：①乗務距離の最高限度を超えた乗務による営業を行うことができなくなったこと、②処分や警告を受ける蓋然性が高く、これが反復継続的かつ累積加重的にされる危険が現に存在すること
- (h)の第1審判決：①原告の商品交換機に有害図書類を収納することが条例で禁止されているかにつき、原告と行政の間に紛争があり、確認判決によりそれが解決できること、②確認判決により原告が刑罰を科されたり、行政強制を受けることがなくなること
- (h)の控訴審判決：第1審の理由付けに加えて、③条例の義務を履行すれば原告の商品交換機による有害図書類の販売ができなくなり、この義務に違反すれば刑罰や行政強制を受ける現実的具体的可能性があること
- (k)：①現存道路に該当するとされることにより、土地を一般交通の用に供す

る義務を負担し、建築制限や私道の変更又は廃止の制限を受けるなど所有権に基づく土地利用を現に制約されていること（なお、このような制限の存在だけで十分であり、「制約に抵触する内容の利用を行う具体的意図ないし予定を有しているかといった主観的な事情に左右されるものではない」ことを付言）、②「原告が建築確認申請等を行う時まで本訴提起ができないとすれば、更に反証が困難となると予想されること」

といった理由で確認の利益を肯定しているが、損害の重大性に触れているものも、原告にそれと同レベルの損害が生ずることを確認の利益が認められる要件としているものもないように思われる。

以上のように、規制に従わなかった場合の制裁については、最高裁の立場は不明確であるものの、制裁により原告が被る損害が重大である必要はないということを明確にしている裁判例があり、かつ、他の裁判例も、例外的なものを除き、これに矛盾するものではないということになる。

では、このような立場は妥当であろうか。(1)の第1審判決のように差止訴訟との均衡を求める見解に対しては、以下のような反論が可能である。まず、行政作用法は通常、行政上の義務を課す規定と、義務違反を理由とする不利益処分規定を別々に置いており、行政上の義務にかかる争いである当事者訴訟は、その義務違反を要件とするとはいえ、処分にかかる争いである抗告訴訟とは、区別して考えることができる⁽⁴⁸⁾。そして、差止訴訟が、①処分がある程度差し迫った（蓋然性が認められる）場合に、当該処分に焦点を絞って、その差止めを求めるものであり、②仮の救済として（償うことのできない損害を避けるため緊急の必要があれば）仮の差止めを利用でき、③本案において、処分を違法たらしめるすべての要因を主張

(48) この問題に関する私見について、詳しくは春日修「確認訴訟（当事者訴訟）と差止訴訟（抗告訴訟）の関係について」愛知大学部法経論集191号（2012年）14～15及び20～22頁。なお、濱前掲注(41)・122～123頁も、別の観点から、同趣旨をいう。

することができる、すなわち、要件の前提となる行政上の義務の存否（＝規制の適否＝当該規制を定める法令等が違憲違法ではないか、原告の行為が当該法令の禁止している行為にあたるか）のみならず、手続的違法性や効果裁量の踰越濫用をも主張できるのに対して、確認訴訟が①'処分とは切り離して行政上の義務の存否（＝規制の適否）を争うものであり（従って、後続の制裁が処分である場合でも処分の蓋然性など要求されないし、後続の制裁が刑罰など行政処分以外の制裁でもよい）、②'（後続の制裁が処分であっても）仮の差止めを利用することはできず、③'本案において主張できるのは、当然ながら争いの対象である行政上の義務の適否のみである点で異なるものである⁽⁴⁹⁾。つまり、処分の蓋然性が認められる状況で、処分による不利益を避けるために提起するのが差止訴訟であり、蓋然性が認められるから、仮の差止めも必要になる。このように処分に焦点を当て、仮の差止めを用いることができる（その点では優越した）訴訟手続が、損害の重大性を要件としているからといって、規制の適否（＝行政上の義務の存否）に焦点を当て、仮の差止めを用いることができない⁽⁵⁰⁾（その点では劣後する）確認訴訟までもが、損害の重大性を要件にしていると解する必要はないはずである。

(49) 春日前掲注(48)・32～35頁。

(50) 念のため、確認訴訟（当事者訴訟）については、仮の救済が不必要ということをいいたいのではない。「仮の差止め」は、処分の蓋然性を欠く状況では不要ではないか（仮の差止めが必要なら、処分の蓋然性が認められるはずだから、確認訴訟と併せて、あるいは単独で、差止訴訟を提起した上で、仮の差止めを申し立てればいい）といたいだけである。なお、確認訴訟において仮の救済の申立が行われた事例としては、(b)の事例にかかる東京高決平成24年7月25日判時2182号49頁があり、裁判所は第一類医薬品等の郵便等販売をしよう仮の地位の確認につき、「その実質において、厚生労働大臣の制定に係る改正省令の効力の停止を求める仮処分の申立て」にあたるところ、このような仮処分は行訴法44条により求めないと判示した。確認訴訟における仮の救済の問題については、今後の課題としたい。

さらに、確認訴訟を緩やかに認めることは、原告のみならず、行政や裁判所にとってもメリットがある。(b)～(k)のような事例において、裁判所が確認訴訟で当該規制が適法（法令が違憲違法ではない、原告の行為は法令で禁止された行為にあたる）と判断すれば、原告は当該行為を中止すると考えられ、行政としては原告（や、それと同様の立場にある私人）に対して規制に服するように行政指導をしたり、違反者に対する不利益処分手続を行うコストが節減できる。反対に、規制が違法（法令が違憲違法、原告の行為は法令で禁止された行為にあたらない）とされた場合についても、行政は後で違法と判断される無駄な行政指導や不利益処分を行うコストが節減できる。さらに、裁判所にとっても、確認訴訟であれば、規制の適否の判断だけをすれば済むのに対して、不利益処分の取消訴訟においては、手続の適否や処分の軽重等、判断を要する事項が増えるため、規制の適否につき確認訴訟で判断を下し、紛争を終結させた方が事件処理に要するコストの節減になる。不利益処分の段階を待たずに、 $(A)(A') \rightarrow (B)$ のような状況になった段階で確認訴訟の提起を認めることは、原告のみならず、行政、裁判所にとってもコスト面のメリットが認められるのである⁽⁵¹⁾。

したがって、規制に従わなかった場合の制裁が不利益処分であっても、当該不利益処分により原告が被る損害が重大であることを、確認訴訟の要件と解すべきではないという裁判例の大勢は、妥当であるといえよう。

(51) ただし、確認訴訟が常に不適法とされるため、私人が訴訟も提起せず、制裁に噫して規制対象となった行為をしなければ、行政指導も不利益処分も不必要だし、取消訴訟も提起されないから、行政にとっても裁判所にとってもより低コストである。しかし、それは、規制の違法性が認められた(b)(d)(e)(k)のような場合における、原告の泣き寝入り（本来可能な行為ができないという犠牲）の上に成り立つものであり、これが不当なのは明らかである。さらに、行政に対するオカミ意識が強かった時代ならともかく、泣き寝入りをしない私人が増えた昨今では、私人の泣き寝入りによる低コストは望み薄だろう。

小結

以上のようなことから、(A)(A)'のように規制の可否について争いがあり、(B)その規制に従わないと原告が制裁（刑罰⁽⁵²⁾，不利益処分）を受けることが予定されていれば、確認訴訟における確認の利益が認められるというのが、裁判例の大勢であり、かつ、このような解釈は妥当であると結論づけることができる。

なお、制裁が公表のみの場合について確認訴訟が認められるかについては裁判例がなく、未だ不明確である。処分の公表による社会的信用の毀損は国会審議における政府委員の答弁においても、差止訴訟が許容される例とされ⁽⁵³⁾、立法後も、差止訴訟が認められる典型的事例として語られてきた⁽⁵⁴⁾。ただし、公表により被る社会的信用の毀損の程度は、公表内容等により異なると考えられる。例えば、処分を受けた事実の公表についても、許可取消処分、営業停止処分、是正命令といった処分の程度に応じて、公表により生ずる社会的信用の毀損の程度も低下していくだろう。勧告への不服従という事実の公表だけなら、処分の公表より毀損の程度はより低いとも考えられるが、これもケースバイケースであろう。しかし、制裁とし

52) 規制に従わなかった場合の制裁が刑罰のみである場合、差止訴訟は利用できないから、差止訴訟との均衡を考える必要はないだろう。仮に、損害の重大性が必要と解しても、処分を経ずに刑罰に処せられる可能性があるというだけで、損害の重大性が認められるものと思われる。小早川光郎、高橋滋編『詳細改正行政事件訴訟法』〔山本隆司〕（2004年）82頁も、「刑事罰を科される明白なリスクも『重大な損害』に当たろう……行政法規が定める構成要件の違憲性や、行政機関が示す行政法規の解釈の誤りを主張する者に、法規にあえて違反し、あるいは行政機関の解釈にあえて反して行動し、刑事訴追された後で争うリスクを強いるべきではなく、むしろ予防的訴訟を認めるべきではないか」という。

53) 第159回国会衆議院法務委員会会議録第20号（平成16年4月27日）

54) 小林久起『行政事件訴訟法』（2004年）189頁、福井秀夫他『新行政事件訴訟法逐条解説とQ&A』（2004年）154～155頁など。

ての公表により何らかの不利益が生ずることは間違いなく、少なくとも制裁が公表のみであるという理由だけで、確認訴訟を一律に不適法として却下するべきではなからう⁽⁵⁵⁾。

3 申請拒否等の予防的排除

場面

前記(k)における「特定の通路が現存道路にあたる」という行政の判断は、①当該通路につき、道路内の建築制限（建築基準法44条1項）を課し、私道の変更・廃止の制限措置（同法45条1項）の対象になると同時に、②当該通路に2メートル以上接している土地を建築物の敷地として利用することができる（同法43条1項）という効果をもたらすものである。

(k)とは逆に、他人の所有する私道Aに2メートル以上接しているB土地を所有しているXが「私道Aは現存道路にあたり、したがって、Bに建築物を建築することができる」と主張しているのに対して、行政が「私道Aは現存道路にあらず、Bに建築物を建築することができない」と主張している場合を想定してみよう。現存道路の存在につきXと行政の見解が対立しており、これによりXはB土地に建築物を建築できないという不利益を被っている。この不利益を解消する方法としては、Xが建築確認申請をし、道路に面しないことを理由に行政が申請拒否処分をするのを待って、申請拒否処分取消訴訟を提起し、その中で、Aが現存道路にあたることを主張するという手段が考えられる。Xが私道Aは現存道路にあたると考え、建築確認申請をしたところ、行政が現存道路にあたらないとして、建

⁽⁵⁵⁾ 制裁が公表の場合も、確認訴訟による救済が認められるべきであるとする見解として、山本前掲注(46)・127頁、湊二郎「予防訴訟としての確認訴訟と差止訴訟」法律時報85巻10号（2013年）32頁など。

築確認を拒否した場合であれば、取消訴訟は有効な救済手段になり得る。

しかし、建築の事前相談段階で、現存道路該当性につき見解の相違があるとわかった場合、救済手段が取消訴訟しかないということになると、Xは申請書を作成するコスト（建築確認の場合、図面が必要なのでかなりの手間がかかる）を負担した上で、拒否されるとわかっている申請をしなければ、行政の判断を争えないことになる。さらに、Xが将来B土地に建築物を建てたいとは思っているが、当面は建築する予定はないという状態で、見解の相違が明らかになった場合、より問題は大きい。私道Aの現存道路該当性を確定しない限り、現実的建築計画を立てることは不可能であり、建築確認申請の段階まで進行することはないからである。救済手段が取消訴訟しかないとすれば、Xは建てる気のない建築物の建築確認申請をして拒否処分を受け、これを争うという方法でも取らない限り、現存道路該当性を争えないのである。また、行政が現存道路の存在を認めないことにより、土地の売却価格が低下したり、売却が実質的に不可能になっているといった不利益を解消することについても同様である。

他方、私道Aの現存道路該当性という争点については申請拒否処分を待っても紛争内容がより明確になるわけでもなく、むしろ申請拒否処分の時点では証拠が散逸してしまい、適確な審理が困難になるおそれもある。

建築基準法42条2項に基づく、いわゆる2項道路については、「指定」という法令上の意思表示があり、これにつき処分性を認めた最高裁判所平成14年1月17日判決⁽⁵⁶⁾があるので、指定段階でその当否を争うことが可能である。しかし、現存道路については「指定」など法令上の根拠がある意思表示が存在しないため、処分性を認める契機を見出すことが困難である。そうすると、Xが申請拒否処分を待つことなく現存道路該当性を争うためには、「私道Aが現存道路に該当することの確認」を求める当事者訴

(56) 民集56巻1号1頁。

訟を提起するという方法が妥当であるということになる。

すなわち、(A)行政による「処分以外の行為や判断」の適否につき、原告と行政との間に見解の相違があり、(B)行政の見解によると、原告が将来行う申請が拒否されることが見込まれるといった不利益が生じ、現時点でそれを排除しておく必要が認められる場合、確認訴訟により救済を求めることが考えられる。

裁判例

以上のような図式が当てはまる（あるいは、これに類するが、このような図式が当てはまらないところのある）ものとしては、運転免許にかかる違反等点数付与にかかる一連の裁判例がある。

・確認の利益が否定された事例

(1) 大阪高裁平成20年2月14日判決⁽⁵⁷⁾

違反点数1点を付された原告が、事実誤認を理由に、付加された点数が無効であることの確認などを求めた事例。

大阪地方裁判所は、行政事件訴訟法が差止訴訟、直接型義務付け訴訟を規定し、それらの訴訟要件として、損害の重大性を求めていることから、確認訴訟についても損害の重大性が要求されとした上で「違法な点数付加行為によって免許の所持者が被る不利益自体を重大な損害と評価することは、その性質や程度に照らして困難というべきであるうえ、違法な点数付加行為を受けた免許の所持者の法的地位は、当該点数付加行為に係る違反行為によってその累積点数が直ちに処分の基準となる点数に達するような場合を除けば、なお浮動的というべきであって、訴訟制度を通じて当該法的地位に生じている不安、危険を除去すべき現実的必要性は一般的には

⁽⁵⁷⁾ <http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/20080911102256.pdf>

認め難いというべきである」として確認の訴えを却下した⁽⁵⁸⁾。

原告は直近の違反の日である平成18年8月20日から1年以上無事故、無違反であったため、本件における座席ベルト装着義務違反により付された基礎点数1点が累積点数から除外されたことから、控訴審における請求を平成18年5月27日の座席ベルト装着義務違反により付された基礎点数1点が無効であることの確認に変更したが、大阪高等裁判所は、「控訴人は、本件違反に基づく点数付加行為の無効確認によって回復すべき法律上の利益を有しないというべきであるところ……控訴人は平成19年10月9日、本件違反により付された基礎点数1点が控訴人主張のとおり累積点数から除外されたことが認められ、これによると、なおさら無効確認を求める利益はないといわなければならない」として、訴えの変更後の無効確認請求に係る訴えは、確認の利益を欠き、不適法であるとした。

(m) 東京高裁平成24年6月27日判決⁽⁵⁹⁾

違反点数1点を付された原告が、事実誤認を理由に、(ア)主位的に基礎点数1点を付する処分等の取消しを、(イ)予備的に本件違反行為を理由として原告に対して付した基礎点数1点が無効であり、本件経歴が存在しないことの確認を求めて出訴した事例。

東京地方裁判所は、(ア)違反行為の処分性を否定して、取消訴訟を却下し、(イ)「原告については、本件違反行為後に、道交法上の違反行為をすることなく1年が経過しているため、本件点数付加に係る違反点数が累積点数に加算されることはな」いこと、「原告のようにその運転免許証の有効期間満了時……において年齢が70歳以上になる者……は、……違反行為の有無、優良運転者であるか否かとは無関係に、更新期間満了日前6月以内に……高齢者講習を受講して、その講習……を修了し、適性検査を受けさえすれば……、優良運転者等の区分に係る講習を受けなくても運転免許の更新を受けることが可能であるし、更新後の有効期間も違反行為の経歴

(58) 大阪地判平成19年8月10日判タ1261号164頁。

(59) <http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/20121217145958.pdf>

や優良運転者か否かに関わりなく、一律……であって、更新手数料……や適性検査等の内容においても特に区別はされて」いないこと、「原告は、具体的に個人タクシー事業を営んでいたり、その許可申請を検討していたわけでもないから、本件点数付加によって直ちに職業選択の自由等が侵害されることになるわけでもなく、次回の運転免許証の更新時に本件点数付加によって生ずる不利益も特になく」などから、「本件点数付加や本件経歴が存在することにより原告に生じているという法律上の地位の不安、危険は、結局、極めて主観的・抽象的なものにすぎない」として、確認の利益を否定し、訴えを却下した⁽⁶⁰⁾。

東京高等裁判所も、地方裁判所の判断を支持し、控訴を棄却した。

・ 確認の利益が肯定された事例

(n) 大阪地裁平成21年10月2日判決⁽⁶¹⁾

違反点数2点を付されたタクシー運転手である原告が、事実誤認を理由に、本件点数付加のため個人タクシー事業の許可を受けられないとして、(ア)主位的に点数付加処分の取消しを、(イ)予備的に点数付加がないことの確認を求めた事例。

大阪地方裁判所は、(ア)点数付加の処分性を否定して、取消訴訟を却下し、(イ)確認訴訟については、取消訴訟が不適法とされた以上、「確認の訴えを認めるのであれば、原告は、法令遵守基準を満たさないことを理由として申請却下処分がされることを承知の上で個人タクシー事業許可申請を行った上、その申請却下処分の取消しを求める訴えを提起し、その中で本件点数付加が違法であることをいわなければなら」ず、「却下されることを承知の上であえて申請を行わなければ本件点数付加の違法性を争えないとすることに合理性を見出すことは困難であり、迂遠でもある」こと、

(60) 東京地判平成23年12月27日 <http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/20120622111939.pdf>

(61) <http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/20100506161838.pdf>

「事業許可の処分行政庁である近畿運輸局長は、本件点数付加に係る判断を行っておらず、その資料も有していないから、上記申請却下処分の取消訴訟においては、行訴法23条により大阪府公安委員会を参加させた上で本件点数付加の適法性を審理、判断しなければならないのであり、その訴訟の形式自体が紛争の実体に照らし必ずしも適切なものではな」いこと、「法令遵守基準は被告が主張するとおり道路運送法6条に関して近畿運輸局長が定めた審査基準にすぎず、法律上の処分要件とされているものではないから、本件点数付加が違法であることによって直ちに申請拒否処分が違法になるという保障もない」ことを理由に、確認訴訟につき、確認の利益が認められるとした。しかし、原告には違反の事実が認められるとして、訴えを棄却した。

(o) さいたま地裁平成23年2月23日判決⁽⁶²⁾

違反点数11点を付され、免許停止60日の処分を受けた原告が、処分取消しの訴えを提起したが、審理中に運転免許の効力停止期間が経過し、その後原告は無違反無処分で1年間が経過したため、当初の訴えは訴えの利益を失うに至ったため、次回免許証更新時、「優良運転者又は一般運転者」の区分により免許証の更新を受ける地位にあることの確認を求めた事例。

さいたま地方裁判所は、本件交通事故が「建造物以外の物の損壊のみに係るもの」であれば、原告は平成23年8月31日の40日前の日までに違反行為をしないことを条件として、次回の免許証更新時に「優良運転者及び一般運転者」の区分により免許証の更新を受けることができるが、「建造物以外の物の損壊のみに係るもの」にあたらなければ同区分の免許証の更新を受けることはできないところ、「『優良運転者及び一般運転者』という地位が、免許証の更新処分において否定されたときは、これを回復するために……当該処分について取消訴訟を提起することによってこれを争うことができるのであり、あらかじめそのような地位にあることの確認を求め訴えは、事後的にそのような地位にあることを争ったのでは回復しがた

(62) <http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/20120308215206.pdf>

い重大な損害を被るおそれがある等、事前の救済を認めないことを著しく不当とする特段の事情が存在することが必要というべきである」とした上で、原告が免許停止処分後に取消訴訟を提起し、審理中に期間の経過により、当該取消訴訟が訴えの利益を欠くことになったこと、原告は本件処分を違法としているが、埼玉県公安委員会が処分を適法としていることから、免許更新時に「原告は『優良運転者及び一般運転者』のに該当しないと判断されることになる可能性が極めて高いといえ……このような審理経過に照らし、また再度の訴訟の提起及び審理を当事者等に負担させることは妥当でないことを考慮すると、このような事情は事前の救済を認めないことを著しく不当とする特段の事情にあたるというべきである」として、確認の利益を肯定した。ただし、原告は認定された事故を起こしたことが認められるとして、請求を棄却した。

論点

（Ⅶ）申請拒否等の予防的排除における「確認の利益」

これらの裁判例における原告の「真意」は、申請拒否等を予防的に排除しておくことというより、点数付加の違法性を追求することにあるようにも思われる。たとえ、そうであっても、確認の利益の有無は、上記(A)→(B)'の図式にあてはまるかによって決せられているといえよう。理由付けに適切ではないものもある⁽⁶³⁾が、(1)(m)の裁判例は、争いになっている点数付与行為が、後に交通違反等を犯した場合の不利益処分の重さや、次の

(63) (1)の地裁判決が、確認の利益につき損害の重大性を要するとしたことが妥当でないことは先に述べた。他にも、(o)の判決についても、確認の利益につき「事後的にそのような地位にあることを争ったのでは回復しがたい重大な損害を被るおそれがある等、事前の救済を認めないことを著しく不当とする特段の事情」を要するとするのは、他の裁判例に比して基準としては厳しすぎ、反対に、本件のような事実で「事前の救済を認めないことを著しく不当とする特段の事情にあたる」とするのは、先の基準適用としては緩すぎるのではないか、といった疑問がある。

免許更新の際の免許の種類（優良運転者、一般運転者などの別）や免許更新手続に影響を与えないことを理由に、確認の利益を否定し、(n)(o)の裁判例が、違反点数付与行為が、後の申請に対する処分（個人タクシー免許や優良運転者の記載のある免許付与⁽⁶⁴⁾）の可否に、一定程度確定的な影響を及ぼすことを理由に、確認の利益を認めているのである。

民事訴訟において、建物の賃貸借契約係属中に敷金返還請求権存在確認を求める訴えは、賃貸人が現在敷金交付の事実を争っている限り（賃借人が前所有者（前賃貸人）に敷金を差し入れたと主張しているのに対して、前所有者から建物の所有権を取得した現賃貸人が敷金差し入れの事実を否定している場合）、確認の利益が認められるものとされている⁽⁶⁵⁾。これは「将来の法律関係については、不確実な要素があり一般的には即時にこれを確認する意味に乏しいと解されている」ものの、この事例においては「敷金の差入れ自体を争っているので」、原告が「敷金の被担保債権の状況を確認し具体的な返還額を交渉しようにも、その前提から否定されてしまつて」おり、「今まさに賃借人の不安は現実化しており、この点が判断されれば、原告はもちろん被告にとっても確実に問題は一つ片付くことにな」る⁽⁶⁶⁾からなのである。

(A)′→(B)′の図式が成り立つ場合も、これと同様のことがいえる。申請をして許認可を得るのは将来のことであるが、違反をしたという行政の判断により、(n)では個人タクシー免許、(o)では優良運転者等の記載のある運転

(64) 優良運転者の記載のある免許を受け取ることが法律上の地位として保障されることは、最判平成21年2月27日民集63巻2号299頁が明らかにしているところであり、免許更新に際して優良運転者の記載のある免許を受けられないのは、申請拒否に類するものと考えられる。

(65) 最判平成11年1月21日民集53巻1号1頁。

(66) 佐藤鉄男「判批」別冊ジュリスト201号民事訴訟法判例百選〔第4版〕（2010年）61頁。

免許を得るための要件が欠けていることが明らかになっている。したがって、これについて原告の不安は現実化しており、違反の有無について判断されれば、原告にとっても被告である行政にとっても、確実に問題は1つ片付く（違反の事実があれば免許を得られないことが確定し、違反の事実が否定されれば違反を理由に免許を拒否できないことが確定する）ことになるからである。

これに対して、(1)(m)では、違反があってもなくても、それが原告の現実の利益や法的地位に影響を与えるような状況にない。違反の事実がないのに点数を付加されたことによる精神的苦痛に対する救済は損害賠償などによるべきであって、確認訴訟が適切な救済手段とはいえないだろう。

したがって、(1)～(o)の事例における確認の利益の有無についての判断は、結論においては妥当であるように思われる。

Ⅷ 都市計画関係等への適用⁽⁶⁷⁾

(A)′→(B)′の図式が当てはまる紛争が生ずる他の領域として想定されるの

⑥7 都市計画関係における確認訴訟の利用可能性とその限界を指摘するものとして、中川前掲注(2)・995～996頁、越智敏裕「まちづくり紛争における行政訴訟の可能性」法律のひろば2004年10月号31～34頁など。

なお、都市計画に関係する確認訴訟のすべてが、(A)′→(B)′のような図式が当てはまる事例ではない。例えば、以下の事例は、都市計画に関する確認訴訟の例であるが、このような図式には当てはまらない。

①東京地判平成20年12月19日判タ1296号155頁

都市再開発を目的とした地区計画の変更決定、第1種市街地再開発事業に関する都市計画決定につき、地区計画内ではあるが、第1種市街地再開発事業の施工地区外に不動産を有する（したがって、本件変更決定や都市計画決定により建築制限を受けない）原告らが、本件変更決定及び本件計画決定の違法確認を求めた事例。東京地方裁判所は、変更決定及び計画決定は「直ちに第1種市街地再開発事業の手続の現実的かつ具体的な進行を開始させるものではなく、本件各決定によって原告ら

は、都市計画関係などの土地利用規制である。例えば、用途地域指定により、建てられる建物の種類、建ぺい率、容積率などが異なってくるが、自らの所有地にかかる用途地域指定が違法であり、これによって建てたい建築物が建てられない場合（最高裁昭和57年4月22日判決⁽⁶⁸⁾）がまさに、このような事例である）、建築確認申請の拒否処分を待って、その取消訴訟を提起するというのは、先にあげた現存道路該当性の場合と同様の理由で、有効な救済たりえない⁽⁶⁹⁾。同様に、自らの所有地にかかる区域区分が違法であると主張する原告にとっても、開発許可申請拒否処分取消しの訴えが、有効な救済とならない場合がある。

の権利又は法的地位に具体的な変動を与えるという法律上の効果が生ずるものではなく、原告らの法的地位に係る不安が現に存在するとまではいえないこと」などを理由に、確認の利益を否定した。

②東京地判平成24年4月27日判例集未登載

中野中央公園を含む中野区役所一帯を広域避難場所として割当てられている者らが、都市計画の変更決定により定められた同公園面積が、「中野区みどりの基本計画」の半分になったことは違法であるとして、変更決定の違法確認を求めた事例。東京地方裁判所は「中野区みどりの基本計画に原告らが指摘するような記載があるからといって、原告らにおいて、その記載を前提とする何らかの権利ないし法律上の地位を有するというにはならないものというべきであ」り、東京都による広域避難場所指定は「東京都以外の地方公共団体に具体的な法的義務を課したり、当該広域避難場所の避難割当て区域内又はその周辺の住民等の個々人に具体的な権利ないし法律上の地位を与えたりするようなものではない」ことから、原告らのいう「『中野区役所一帯』に避難する利益」（原告らにこのような利益が法律上のものとして保障されているといえるかについては、とりあえずおく。）が侵害されたものとは評価し難」く「上記利益に現に危険・不安が生じているとの評価をすることもできない」として、確認の利益を否定し、請求を却下した。

⁽⁶⁸⁾ 民集36巻4号705頁。

⁽⁶⁹⁾ これについては、春日修「土地利用規制と司法救済」愛知大学法学部法経論集182号（2009年）14～18頁を参照。

このような場合、(n)(o)のように確認訴訟による救済が認められるべきであると思われるが、以下の事例では確認の利益が否定されている。

(p) 大阪高裁平成24年9月28日判決⁽⁷⁰⁾

道路にかかる都市計画変更決定につき、道路の区域内に位置する肩書地に居住し、かつ、土地建物を所有する者が、(ア)主位的に本件計画変更の取消しを、(イ)予備的に本件計画の違法確認を求めた事例。

奈良地方裁判所は、(ア)都市計画決定の段階で施行区域に含まれた土地の所有者等は、自己の土地が都市計画道路の区域に含まれるかどうかを容易に判断することができるので、土地収用を受けるべき地位に立たされるといえること、事業認可のないままでも事業は進行しうるので、事業認可の段階で取消訴訟を提起して救済を求めても事情判決の可能性があり、建築制限によって生じる財産的価値の低下については、都市計画決定を争う以外に救済の機会はないこと等を理由に、本件計画変更到处分性を認めたが、都市計画施設にかかる都市計画決定は裁量が認められるところ、本件計画変更裁量の踰越濫用はないとして、取消し請求を棄却し、(イ)計画変更到处分性がなく、予備的請求に理由がないことは明らかり、確認の利益の有無を判断する必要はないとして、請求を棄却した⁽⁷¹⁾。

大阪高等裁判所は、(ア)道路にかかる都市計画決定がされても、事業認可までは必要に応じて随時計画変更が可能であり、この点で、計画決定がなされると、特段の事情がない限り、計画に従って具体的な事業が進められる土地区画整理事業計画決定とは事案を異にするとして、計画決定の法的性格が、土地区画整理事業計画決定とは異なることを理由に、処分性を否定し、(イ)本件計画変更は直接何人かの権利義務を具体的に形成し又はその範囲を確定するものではなく、本件都市計画によって建築制限を受けた者は、建築制限に抵触するとして建築等を不許可とする知事の判断を待つて、その取消し等を訴求することで、現在の違法な不利益を回避すること

(70) 判例集未登載。

(71) 奈良地判平成24年2月28日判例集未登載。

ができ、本件計画変更の違法性に関する控訴人らと被控訴人との見解の相違は、確認の利益を認めるに足りるだけの紛争の成熟性を欠いているとして、原判決を破棄し、訴えを却下した。

大阪高等裁判所は、知事による建築不許可処分に対する取消訴訟で不利益を回避することができるとするが、都市計画決定が違法で無効であれば、そもそも知事による建築許可を受ける必要がないので、建築不許可処分取消訴訟は適切な救済手段とはいえない⁽⁷²⁾。むしろ、許可のないままで建築

(72) このような理をいうものとして、事業用自動車増車認可拒否処分を受けたタクシー会社が、これを争った東京地判平成25年6月27日 <http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/20140107142850.pdf> がある。一般に増車は事業計画の変更として、届出だけでこれを行えることとなっているが、特定地域及び準特定地域における一般乗用旅客自動車運送事業の適正化及び活性化に関する特別措置法（以下、「特措法」という。）3条に基づいて指定された特定地域においては、当該特定地域内の営業所に配置する事業用自動車の合計数を増加させる事業計画の変更については、国土交通大臣の認可を受けなければならないこととされている（道路運送法15条1項、特措法15条1項）。原告は、特定地域に指定されている東京都特別区等の営業所を営業区域として、営業所ごとに配置する事業用自動車を30台増車するための認可申請をしたが、拒否処分を受けたため、主位的に(ア)当該処分の取消し及び(イ)認可処分義務付けの訴えを提起するとともに、予備的に(ウ)特別区等を特定地域と指定したことは違法無効であるとして、届出のみで本件申請に係る30台の増車をすることができる法的地位を有することの確認を求める訴えを提起した。東京地方裁判所は、(ア)申請拒否に裁量の踰越濫用があるとして、認定拒否処分を取り消したが、(イ)増車の適否の判断につき、行政庁による専門的・技術的な知識経験に基づく判断を経るべき点が残っているとして、義務付けの訴えを棄却し、さらに、(ウ)確認訴訟については、「本件指定が違法無効である場合には、……原告は、道路運送法15条3項に基づき、事前に届出をするのみで増車をすることができることになる。したがって、原告は、本件申請を却下した本件処分の取消しを求めるまでもなく、同条1項の認可を得ることなく同条3項の届出のみで本件申請に係る30台の増車をなし得る法的地位を有することの確認を求めることができる」というべきであり、本件確認の訴えについては、原告は確認の利益を有するといえることができる」としながらも、特別区等での供給過剰等が認められるため、「本件

確認申請をして、（建築許可がないので当然に下される）申請拒否処分につき、取消訴訟を提起し、この中で、都市計画決定が違法なので建築許可が不要であるという主張をすべきだということになるのであろうが、これが適切な救済にならないことについては、先に述べたとおりである。都市計画決定の処分性が認められないとすれば、確認の利益を肯定して、本案につき判断すべき事例であったように思われる⁽⁷³⁾。

小結

以上のようなことから、運転免許の違反点数にかかる事例では、(A)行政による処分以外の行為や判断の適否につき、原告と行政との間に見解の相違があり、(B)これにより申請拒否処分等の不利益が見込まれる場合に、確認の利益を肯定する裁判例の流れが形成されつつあり、そのような解釈は妥当であるが、都市計画関係など、本来この図式が当てはまるべき分野における広がりが見られない状況にあると結論づけることができよう。

4 受給の確保

場面

給付が法令に基づき行われる場合、その法的仕組みは、①行政処分により私人の受給権が具体的に形成・確定することとされているもの、②行政処分が介在せず、あるいは行政決定が介在する場合でも、それが行政処分とみなされないものに分けられる⁽⁷⁴⁾。このうち、①にかかる争いは抗告訴

指定につき、処分行政庁の裁量権の範囲の逸脱又は濫用の事実は認められないから、本件指定は適法ということが出来る」として、請求を棄却した。

⁽⁷³⁾ この点についての詳細は、春日修「判批」愛知大学法学部法経論集196号（2013年）55頁以下を参照。

⁽⁷⁴⁾ 社会保障受給権と行政決定の関係については、(ア)形成的行為（生活保護のように、

訟に、②にかかる争いは当事者訴訟または民事訴訟（本節において、単に「当事者訴訟」といった場合、「当事者訴訟または民事訴訟」の意で用いる）によることになる。

また、給付が法令に基づかないものである場合（例：要綱に基づく補助金など）、行政による給付の可否にかかる行政の判断は行政処分たり得ないので、これを争おうとする場合も、当事者訴訟によることになる。

これらの場合で、給付訴訟を用いることができる場合は、その方がより端的な救済になるので、そちらによることになるが、何らかの理由で、給付訴訟を用いることができない場合や給付訴訟より確認訴訟の方が適切な救済手段である場合などは、確認訴訟が用いられることとなる。

以下、2004年行訴法改正以降における裁判例につき、法令に基づく給付で、処分が介在しない場合と、法令に基づかない給付にわけてあげ、その後でこれらの問題点につきまとめて検討する。

受給権の具体的内容が法律によって一義的に規定されておらず、行政による給付要件の認定や給付内容の決定により初めて具体的権利になる）、(イ)確認的行為（公的年金のように、法律の定める一定の受給要件を満たしたときには、一定の給付を受ける権利が潜在的に発生するが、実際の給付を受けるためには、行政による認定、裁定等を受けなければならない）、(ウ)基本的に行政決定を必要としないもの（①国家公務員災害補償法に定める補償のように、法律に定める一定の要件事実が発生した場合、直ちに具体的受給権が発生する（人事院等が行う災害の認定等の行為は、受給権に何ら影響を及ぼすものではなく、抗告訴訟の対象となる処分ではない）、②健康保険における「療養の給付」のような行政の判断を介在しない現物給付）の3つに区別して説明するのが一般的である（例えば、磯部哲「社会保障の受給権と行政決定」ジュリスト増刊・行政法の争点〔第3版〕（2004年）234～235頁）。受給権の可否に関する紛争は、(ア)(イ)では抗告訴訟に、(ウ)では当事者訴訟（あるいは、民事訴訟）によることになるため、本稿のテーマとの関係上、救済手段別の2分法によった。

裁判例 1（法令に基づく給付で、処分が介在しない場合）

(q) 最高裁平成23年10月25日判決⁽⁷⁵⁾

健康保険法（以下「法」という。）は、医師が行う診療のうち特定の診療を、保険者（政府等）が被保険者に対し行う「療養の給付」と定め（法63条1項）、被保険者は、このような「療養の給付」に当たる診療を受けた場合、それに要した費用の一部のみを負担すれば足りる旨を定めている（法74条1項）が、「療養の給付」に該当する療養と該当しない療養を併用する診療（いわゆる混合診療）を受けた場合、「療養の給付」に該当する療養についても、原則としてそれに要した費用についても全額を負担すべきものとされている。

「療養の給付」に該当するインターフェロン療法と該当しない活性化自己リンパ球移入療法を受けていた原告は、インターフェロン療法について、健康保険法に基づく療養の給付を受けることができる権利を有することの確認を求めて出訴した。

東京地方裁判所⁽⁷⁶⁾は、法、法の委任を受けた規則である「診療報酬の算定方法」及び「薬価基準」のいずれも、個別の診療行為ごとに法63条1項の「療養の給付」に該当するかどうかを判断する仕組みを採用しているものと解され、旧法や他の制度の内容や経緯を考慮しても、法63条1項の「療養の給付」に該当する診療行為に、法86条の対象とならない自由診療が併用された場合に、これらの診療行為の全体が保険給付の対象外となるというのが法の趣旨であるとは解されず、「仮に、原告が今後とも活性化自己リンパ球移入療法を受けようとすれば、インターフェロン療法に要する費用についても全額自己負担とされ、多額の医療費の負担を余儀なくされるおそれがあることに照らすと、原告が、いわゆる公法上の当事者訴訟（行政事件訴訟法4条）として、上記権利を有することを確認すべき法律上の利益も十分に肯認することができるというべきである」とし

⁽⁷⁵⁾ 民集65巻7号2923頁。

⁽⁷⁶⁾ 東京地判平成19年11月7日判時1996号3頁。

て、請求を認容した。

これに対して、東京高等裁判所は、「保険外併用療養費制度を規定した法の解釈によって、同制度に該当するもの以外の混合診療については、本来保険診療に相当する診療についても、すべて『療養の給付』に当たらず、保険給付を受けられないと解すべきであ」り、このように解したとしても、憲法14条、25条、84条に反するところはないとして、原判決を取り消し、請求を棄却した⁽⁷⁷⁾。

最高裁判所も、「評価療養の要件に該当しない先進医療に係る混合診療においては保険診療相当部分についても保険給付を行うことはできない旨の解釈（混合診療保険給付外の原則）が、法86条の規定の文理のみから直ちに導かれるものとはいえないものの……制度の趣旨及び目的や健康保険法の法体系全体の整合性等の観点からすれば、上記の解釈が導かれるものと解するのが相当であ」り、また、このように解したとしても、憲法14条、25条、84条に反するところはないとして、上告を棄却した。

(r) 横浜地裁平成21年10月14日判決⁽⁷⁸⁾

藤沢市（被告）は、廃棄物の減量化、資源化及び適正処理等に関する条例（以下、「本件条例」という。）22条の2第1項「占有者及び事業者は、市が収集し、運搬し、及び処分する一般廃棄物（事業系一般廃棄物を除く。……）又は事業系廃棄物を排出するときは、規則で定める収集袋（以下「指定収集袋」という。）を使用しなければならない」等の規定により、ごみ処理を有料化した。これに対して、同市の市民である原告らは、同市が指定収集袋を使用しない一般廃棄物を収集する義務があることの確認を求めて出訴した。

横浜地方裁判所は、「本件改正条例により、原告らは被告が指定する有料指定収集袋に入れない限り、被告によって可燃ごみ、不燃ごみを収集されない立場に置かれている。そこで、本件改正条例が地方自治法227条に

(77) 東京高判平成21年9月29日民集65巻7号3066頁。

(78) 判自338号46頁。

より無効で、ほかのプラスチック製容器包装などの資源ごみと同様に無料で収集されるべきとする原告らとの間には法律上の紛争が生じて」おり、「個別の収集日ごと、有料指定収集袋を使用しなかった場合には、特定の可燃ごみや不燃ごみの収集を受けられない措置を受けることになることから、そのたびに当該行為を具体的に特定して争うことも、不可能ではないといえる」ものの「これが現実的な対応ともいえず、そのような措置を取るべき実益や合理性もあるとはいふことができない。むしろ、被告が指定する有料指定収集袋を使用しなければ、日々発生する可燃ごみ及び不燃ごみの回収を一切受けられない立場にある原告らが、本件改正条例施行後の現在においても、有料指定収集袋を使用することなく、一般廃棄物である可燃ごみや不燃ごみの収集を受ける地位があるとして、その確認を求めることが、原告らと被告との間の紛争解決にとって有効適切であり、原告らにとって即時確定の現実的利益があるといえる」として、確認の利益を肯定した。しかし、本件条例によりごみの排出者に手数料を課したことは違法であるとはいえず、手数料額の定めが、普通地方公共団体が設定できる裁量の範囲を超えた違法なものといふことができないとして、請求を棄却した。

裁判例 2（法令に基づかない給付）

・ 確認の利益が否定された事例

(s) 東京地裁平成22年12月10日判決⁽⁷⁹⁾

雇用保険法62条1項5号は、政府は失業の予防、雇用状態の是正、雇用機会の増大その他雇用の安定を図るための雇用安定事業として、障害者その他就職が特に困難な者の雇入れの促進、雇用に関する状況が全国的に悪化した場合における労働者の雇入れの促進その他被保険者等の雇用の安定を図るために必要な事業であって、厚生労働省令で定めるものを行うことができると規定し、これを受けて、雇用保険法施行規則115条1号（当

(79) 訟月58巻7号2735頁。

時)は育児・介護雇用安定等助成金(以下、「本件助成金」という。)の支給を規定し、「育児・介護雇用安定等助成金(中小企業子育て支援助成金)支給要領」(以下、「支給要領」という。)が作成されて、これにより支給が行われていた。

原告は、平成20年11月25日、東京労働局長に対し、対象労働者をAとして、本件助成金の支給申請をしたが、平成21年2月26日に不支給決定を受けたため、(ア)主位的に、不支給決定の取消しを、(イ)予備的に、本件助成金100万円の支給を受けられる地位を有することの確認を求めて出訴した。

東京地方裁判所は、(ア)雇入れの促進等のために必要な事業に関して定めた法の規定は、雇用保険法1項5号のみであり、その規定振りからも、事業を行うか否か、行う場合、その内容についても、厚生労働省令に委ねられていることなどから、「本件助成金の支給をめぐる法律関係は、申込み(支給申請)と承諾(支給決定)により成立する贈与契約に基づくものであ」って、不支給決定は処分性を有しないとして、取消訴訟を却下し、(イ)「本件確認の訴えは、金銭の給付請求権を有することの確認を求めるものであると解される」ところ、「金銭の給付請求権の存否について争いがある場合には、端的に当該給付請求権を訴訟物として給付の訴えを提起すべきであって、当該給付請求権を有することの確認の訴えは、確認の利益を欠き、不適法であ」り、仮に、訴えの趣旨が「原告が本件申請(申込み)に対する本件助成金100万円の支給決定(承諾)を受けられる地位を有することの確認を求めるというものであると解する」としても、「この確認の訴えの実質は原告が東京労働局長に対し本件助成金100万円の支給決定(承諾)を求めることができる権利(当該支給決定(承諾)の意思表示をすべきことの請求権)を有することの確認を求めるものであるというべきところ、そのような場合には、当該請求権に基づき、端的に当該支給決定(承諾)の意思表示を求める給付の訴えを提起することができるから、この訴えによるべきである」として、確認の訴えを却下した。

なお、裁判所は、「本件の審理の経過等にかんがみ、原告が本件申請に

対し本件助成金の支給を受けられなかったことに関し違法が認められるか否かを念のために検討する」として、原告の本案上の主張はすべて失当であるとした。

・確認の利益が肯定された事例

(t) 東京地裁平成18年9月12日判決⁽⁸⁰⁾

中小企業における労働力の確保及び良好な雇用の機会の創出のための雇用管理の改善の促進に関する法律（以下、「中小企業労働力確保法」という。）7条1項4号は、「認定中小企業者であって、新分野進出等に伴い新たに労働者を雇い入れ、認定計画……の目標を達成したのに対して、必要な助成及び援助を行うこと」を、雇用保険法62条所定の雇用安定事業として行うものとする定め、雇用保険法62条1項5号の委任を受けた同法施行規則115条3号により、中小企業労働力確保法に基づく事業として、人材確保等支援助成金の支給が規定され、同規則118条3項（当時）において、支給対象、支給金額が定められていた。また、独立行政法人雇用・能力開発機構法11条1項6号は「中小企業労働力確保法第7条第1項各号に掲げる事業」を、独立行政法人雇用・能力開発機構の事業として規定しており、同機構（被告）は、「中小企業における労働力の確保及び良好な雇用の機会の創出のための雇用管理の改善の促進のための情報の提供、相談その他の援助等実施要領」を作成し、これに基づき、中小企業基盤人材確保助成金（以下「本件助成金」という。）の支給事業を行っていた。

原告は、所定の手続を踏んだ上で、同機構の東京センター長に対して、平成16年12月1日付け（第1期）及び平成17年6月1日付け（第2期）で、本件助成金各140万円（合計280万円）の支給申請（以下「本件支給申請」という。）をしたところ、同所長から、平成17年6月27日付けで、本件支給申請に係る全額を不支給とする決定を受けたため、(ア)不支給決定の取消し及び支給決定の義務付け、(イ)本件助成金280万円の支給を受けら

(80) <http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/20070306192725.pdf>

れる地位を有することの確認を求めて出訴した。

東京地方裁判所は、(ア)取消訴訟と義務付け訴訟につき、上記「法令を通じ、本件助成金の支給手続に関して定めた規定はなく、認定中小企業者による支給申請とこれに対する被告（担当センター長）の支給決定によって具体的な給付請求権が発生するという仕組みは、被告の作成した実施要領の中においてのみ規定されているものであり、このような被告（担当センター長）の支給決定が、申請者の申請に基づき、行政庁の優越的地位に基づく行為として行われることを予定していることをうかがわせるような規定は、上記各法令の中には存在しない」として、不支給決定の処分性を否定して、訴えを却下した。他方、(イ)確認訴訟につき「雇用保険法施行規則118条3項は、本件助成金の支給対象者及び支給金額について相当程度に具体的に定めているものである」ものの「所定の要件が備われば当然に給付請求権が発生することを定めた規定と解することは、困難であるといわざるを得ない」ので、「本件助成金に係る具体的な給付請求権は、申込み（支給申請）と承諾（支給決定）により成立する贈与契約を原因として発生するものと解するのが相当であ」って、「承諾（支給決定）のない本件においては、贈与契約がまだ成立しておらず、具体的な給付請求権も発生していないことになる」としつつ、「本件助成金支給のような行為は、契約（贈与契約）という形式で行われるものであるとしても、行政目的を実現するために行われるものであって、公益的性格を有していることは明らかであるから、純然たる私法上の契約とは異なり、契約自由の原則について一定の制約が課されるのであり、例えば、その支給要件を満たしている点では同様であるにもかかわらず、合理的な理由もなく、一方の者に対しては助成金を支給しながら、他方に対してはこれを支給しないなどといった挙に及ぶことは許されないものというべきであ」り、「本件助成金に関しては、雇用保険法施行規則118条3項1号が、一定の要件を満たした者に対しては、一律にこれを支給することを予定しているものと解されることから……これに定められた支給要件に該当する申請者に対しては、平等に本件助成金を支給しなければならない義務を負うものと解すべ

きであ」って、「このような……平等取扱い義務は、単なる被告（行政機関）の内部的義務にとどまるものと解するのは相当ではなく……本件助成金の支給を受けられる地位にあることの確認訴訟を提起し、本件助成金支給の可否について裁判所の公権的判断を求めることは、助成金支給の可否をめぐる問題を解決するための適切な手段であるといえる一方、他に適切な解決手段も存在しないことからすれば、上記の確認訴訟については、確認の利益を肯定することもできる」と判示した。

そして、実施要領所定の支給要件該当性について検討し、「原告は実施要領78条3号の要件に該当し、その他の実施要領所定の各要件の該当性については当事者間に争いが無い。したがって、被告は、原告に対し、本件支給申請に係る助成金合計280万円について支給決定をすべき義務があり、原告はこのような支給決定に基づいて助成金の支給を受けられる地位にあるものと認められる」ものとした。

(u) 大分地裁平成22年10月18日判決⁽⁸¹⁾

永住者の在留資格を有する外国人である原告は、a市福祉事務所長に対して、平成20年12月15日、生活保護申請をしたが、同所長は原告の配偶者名義の預金残高が相当額あることを理由に、同月22日付けで本件申請を却下した。Xは、平成21年2月6日、b県知事に対して審査請求（以下「本件審査請求」という。）をしたが、b県知事は、同年3月17日、行政不服審査法上、不服申立ての対象は「処分」とされているところ、外国人に対する生活保護は法律上の権利として保護されたものではなく、本件却下は「処分」に該当しないから、本件審査請求は不適法であるとして、これを却下する旨の裁決をしたため、主位的に、(ア)生活保護法による保護申請却下処分の取消しと保護決定処分の義務付け、予備的に(イ)生活保護法に基づく生活保護基準に従った保護の実施、(ウ)生活保護法による保護の実施を受ける地位にあることの確認を求めて出訴した。

大分地方裁判所は、(ア)生活保護法に基づく申請に対してなされた部分に

(81) 賃金と社会保障1534号22頁。

については処分性は認められるが、「外国人である原告に生活保護法の適用はなく、同法に基づく生活保護受給権は認められない」として、取消訴訟を棄却し、それに伴って、義務付け訴訟を却下し、(イ)の当事者訴訟の給付の訴えと(ウ)の当事者訴訟の確認の訴えにつき、旧厚生省通知「生活に困窮する外国人に対する生活保護の措置について」に基づく行政措置としての「生活保護の実施の法的性質は……贈与であるから、贈与の申込みの意思表示に当たる保護申請に対し、贈与の承諾の意思表示に当たる保護開始決定がなされて初めて贈与契約が成立し、原告に生活保護受給権が発生することになるところ、本件においては生活保護開始決定はなされておらず、かえって、贈与の拒絶に当たる申請却下がなされたのであるから、贈与契約は成立しておらず、原告に生活保護受給権は発生していない」として訴えを棄却した⁽⁸²⁾。

論点

(IX) 訴訟選択（抗告訴訟—当事者訴訟，給付訴訟—確認訴訟）

(q)(r)のように、個別の支給に際して行政による判断の契機が存在しない場合、行政処分が介在していないことは明白であり、抗告訴訟による救済を考える余地はない。さらに、1回限りの支給ではなく、将来にわたる一連の支給（すなわち、(q)では〈原告が受ける今後すべての混合診療につ

⁽⁸²⁾ 控訴審の福岡高等裁判所（福岡高判平成23年11月15日判タ1377号104頁）は、「生活保護法あるいは本件通知の文言にかかわらず、一定範囲の外国人も生活保護法の準用による法的保護の対象になるものと解するのが相当である」とした上で、「事実によれば、本件申請当時、控訴人には生活保護法4条3項所定の急迫した事由が存在したことが認められ、これに基づいて生活保護を開始すべきであったものと認められる」とし、保護申請却下処分を取り消した上で、当事者訴訟のうち給付の訴えについては、未だ生活保護開始決定がなされていない時点では受給権が発生していないから理由がなく、確認の訴えについては、同法33条2項に鑑み、確認の利益がないから不適法であると判示した。

いての自由診療分以外の療養の給付）、(r)では〈原告が指定袋を用いずに出す今後すべてのごみの収集〉を求めるものであるから、給付訴訟ではなく、確認訴訟によることが適切である。このような場合の訴訟選択は困難ではない。

他方、(s)(t)と、労災就学援護費の支給（不支給）決定についての処分性を認めた最高裁平成15年9月4日判決⁽⁸³⁾（以下、「最高裁平成15年判決」という。）を対比すると、法令に何らかの根拠がありそうな助成金等の受給を求める原告が救済を求める場合、抗告訴訟と当事者訴訟のいずれによるべきかは、必ずしも明確ではない。

最高裁平成15年判決の労災就学援護費、(s)の育児・介護雇用安定等助成金、(t)の中小企業基盤人材確保助成金はともに、法令と全く無関係ではなく、法律の規定を受けて、省令と要領・通達（行政規則）により具体化されている金銭給付である。最高裁平成15年判決が不支給決定の処分性を認めたのに対して、(s)(t)のいずれも、労災就学援護費と(s)(t)の助成金との性格の違いを指摘して⁽⁸⁴⁾、支給決定の処分性を否定している。しかし、

83) 判時1841号89頁。

84) 例として(t)における当該部分を掲げる。「最高裁平成15年判決は、労働者災害補償保険法の解釈として、同法自体が、『保険給付と同様の手続により』、すなわち、『処分』に当たる『保険給付に関する決定』（同法38条、40条参照）によって具体的な給付請求権が発生するという保険給付の仕組みと同様の仕組みによって、労災就学援護費を支給することができる旨を規定しているとの理解を前提に、労働基準監督署長の行う労災就学援護費の支給・不支給の決定を抗告訴訟の対象となる『処分』に当たると判示したものである。……労災就学援護費の支給も、労災保険給付の受給権者である被災労働者又はその遺族に対して行われるものであって、広い意味では労災保険給付の一環としての性格を有するものであるといえるから、たとえ明文の規定は置かれていないとしても、その支給手続に関しては、労災保険給付の場合と同様の手続によるものとするのが、労働者災害補償保険法の予定するところであるという解釈を前提としたものであるといえることができる。このような理解を前提として、本件につい

労災就学援護費と(s)(t)の助成金との間の違いは微妙であり、法律・省令・要領等の規定を読んで、処分性の有無を判別することは専門家にとっても難しいように思われる。そうすると、原告としては、不支給決定を処分と判断される可能性を考慮して、取消訴訟（と申請型義務付け訴訟）を提起すると同時に、これが処分性を有しないと判断される可能性もあるので、当事者訴訟も提起しなければならないことになる。

では、当事者訴訟による場合、給付訴訟と確認訴訟のいずれによるべきなのであろうか。(s)(t)の判決は、それぞれの助成金の給付が贈与契約によるものであるということでは一致している。しかし、(s)の判決が、給付請求権の存否につき争いがあるのならば給付の訴えを提起すべきであり、支給決定の意思表示請求権を有しているというのであれば、当該意思表示を求める給付の訴えを提起すべきであるという理由で、確認の訴えは確認の利益を欠き、不適法であるとしているのに対し、(t)の判決は、受諾の意思表示がないので、具体的給付請求権が発生していないとしつつ、助成金の支給を受けられる地位にあることの確認訴訟につき、確認の利益が認められるとしている。(t)の事例で、原告は助成金給付請求、契約受諾の意思表示の請求をしていないので、このような請求がなされた場合、請求が認容されるのかは明らかではないが、(t)の判決が具体的請求権が発生していないとしている以上、助成金給付請求は棄却されることになるように思われる。それでは、契約受諾の意思表示の請求はどうだろうか。(t)の判決が

て検討してみると、……本件助成金は、被保険者に対してではなく、雇用主に対して支給されるものであるから、これを広い意味での雇用保険給付の一環としての性格を有するものとみることは困難であって、むしろ、雇用保険給付とは別個の雇用安定施策と位置付けられるべきものと考えるのが素直である上、雇用保険法はもとより、本件助成金に関する関連法規である中小企業労働力確保法や独立行政法人雇用・能力開発機構法上も、本件助成金を申請者の申請に基づき、行政庁の『処分』に基づいて支給することを予定していると解釈できるような規定は何ら存しないのである」

助成金を支給しなければならない義務を負うとしているので、請求は認容されるということになりそうである。仮に、そうであるとすれば、(t)の判決は契約受諾の意思表示を求める給付訴訟が可能な場合であっても、確認訴訟の確認の利益が認められると判断したことになる。

ところで、(t)の判決は、助成金支給義務はあるが、契約が受諾されていないので、具体的給付請求権は発生していないとの構成をとっているが、適法な申込をしたにもかかわらず、違法な受諾拒否があった場合、申込の段階で契約は成立し、具体的給付請求権が発生しているという構成も考えられる。実際、水道法に基づく給水契約の締結拒否につき、申込段階での契約成立を認め、水道水の供給を命じた、東京地裁八王子支部昭和50年12月8日決定⁽⁸⁵⁾がある。

以上のようなことを踏まえると、法令に何らかの根拠がある助成金（補助金……）等の受給を拒否された（不支給決定を受けた）場合、①不支給決定が処分と解される可能性を考慮して、取消訴訟（と申請型義務付け訴訟）を、②不支給決定が契約受諾の拒否と解される可能性を考慮して、給付訴訟（当事者訴訟）を、しかも、②-1助成金等給付請求と②-2助成金等支給契約の申込受諾の意思表示請求をしておく必要があり、さらに、③何らかの理由付けで②が認められないことを考慮して、助成金を受けることのできる地位の確認訴訟を提起しておいた方が無難であるということに

(85) 判時803号18頁。なお、法令で契約締結義務が課せられており、適法な申込みがあったのに、相手方が受諾を拒否した場合に、①契約が成立したことになり、裁判で契約上の義務の履行を請求することができるのか、②受諾がないので契約は未成立であり、裁判で契約受諾の意思表示を請求できるに留まるのかについては、近年、放送法64条1項に基づく日本放送協会との受信契約について問題となっており、高裁での判断は分かれている。①の立場をとるものとして、東京高判平成25年10月30日判時2203号34頁、②の立場をとるものとして、東京高判平成25年12月18日判例集未登載がある。

なろう。実際、(u)の原告は、(②-2にあたる請求をしていないが)このような請求をしている。また、給付が法令に基づかないことが明らかである場合には、①を省略することが可能だが、この場合も②③の請求をしなければならない。いささか煩瑣ではあるが、(s)のような判決を避け、本案上の判断に持ち込むためには、立法的手当や判例等によって争い方が明確化しない限り、このような請求をしておく必要があるだろう。

(X) 受給の確保を目的とする当事者訴訟における本案上の主張

給付訴訟における具体的受給権（あるいは、支給契約の申込みを受諾すべき義務）の存否、助成金を受けられる地位の確認訴訟における当該地位の存否は、本案で判断されるべき事項であるから、上記①～③のような請求を立てれば、訴訟が却下されることはなく、本案上の判断に持ち込むことは可能なはずである。

法令に基づかない給付の場合、より大きな問題となるのは、具体的な給付請求権、あるいは、契約の申込みを受諾すべき義務を、どのように根拠付けるかということである。(t)が示唆を与えてくれるように、法令に基づかない助成金などであっても、支給要領が定言的な文言で書かれている場合、行政上の一般原則たる平等原則を介在させることにより、支給義務（あるいは、条件に適合する支給契約の申込みを受諾すべき義務）を肯定し、救済を認める余地が出てくる。

しかし、支給要領が裁量的文言（「適切とみなすときに、支給するものとする」「……を支給することができる」など）で書かれている場合には、先のような方法での司法統制を及ぼすことはできない。その場合、本案上の判断に持ち込むことができても、勝訴することは、かなり難しいということになる。

取消訴訟において、原告が手続的違法や判断過程の過誤の主張をし、それが認められれば、原告は勝訴しうる。この場合の取消判決は、支給を確

定させるものではなく、判決の指摘する手続上、あるいは判断過程の過誤を正した上で、行政に再度の決定を求めるものに過ぎないが、これにより原告は正しい手続や適切な考慮を経た決定を得ることが可能になる。しかし、支給や契約受諾の意思表示を求める給付訴訟や支給を受けることのできる地位の確認訴訟の場合、支給決定に手続的違法や判断過程の過誤が認められても、それだけでは支給すべき義務や契約申込みを受諾すべき義務があることにはならず、支給を受けることのできる地位にあることも認められないから、原告勝訴判決を得ることはできない。これらの訴訟で原告勝訴判決を得るためには、支給決定をすべきことが法令や要綱の規定上明らかであるか、支給決定をしないことが裁量の踰越濫用になること、抗告訴訟でいえば、義務付け訴訟の本案勝訴要件である処分の羈束性と同レベルのことを、原告が主張立証しなければならないのである。

不支給決定の違法確認訴訟が認められれば、不支給決定の手続上あるいは判断過程の違法性を追求することが可能であり、受給の確保にかかる当事者訴訟においても、取消訴訟と同程度の統制密度が実現される。行為の違法確認も認められるべきであるという見解は、研究者の間では大勢である⁽⁸⁶⁾が、このような形での行為の違法確認が認められるのかは不明確であり、これを認めた裁判例も今のところ見当たらない。

小結

以上を整理すると、受給を確保するために当事者訴訟が用いられる場面

⁽⁸⁶⁾ 文字通り枚挙に暇がないため、教科書やコンメンタールは省略し、確認訴訟関係の論考のみをあげる。春日前掲注(4)・43頁、水野武夫「処分性の拡大と確認訴訟の活用」自由と正義60巻8号（2009年）34頁、山下義昭「『行為の違法』確認の訴えについて」公法研究71号227頁以下（2009年）、山田洋「確認訴訟の行方」法律時報77巻3号（2005年）47頁、高木光「救済拡充論の今後の課題」ジュリスト1277号（2004年）18頁、中川前掲注(2)・979頁。

としては、①支給に際し、支給決定（行政の意思表示）が介在することが予定されていない場合と、②支給に際し、支給決定が介在することが予定されているが、支給決定（不支給決定）が処分ではなく、贈与契約受諾の意思表示と解される場合がある。①の場合で、1回限りの支給ではなく、将来にわたる一連の支給を求める場合（例：指定袋に入れていないごみの収集）には、給付訴訟より確認訴訟の方が適切な救済手段であり、この場合の確認の利益も認められるべきである。②については、裁判例も少なく未だ曖昧なところが残っている。まず、支給が法令に何らかの根拠がある場合、支給決定（不支給決定）を処分と解すべきか、贈与契約受諾（拒否）の意思表示と解すべきかはわかりにくいので、抗告訴訟と当事者訴訟を併せて提起する必要がある。このような場合の当事者訴訟としては、(ア)給付訴訟（支給の請求、あるいは、契約受諾の意思表示の請求）によるべきであって、確認訴訟（支給を受けうる地位の確認の請求）は確認の利益を欠くとする裁判例と、(イ)確認訴訟（同前）も可能であるとする裁判例があり、いずれが妥当かは未だ不明確である。そのため、当事者訴訟による場合も、給付訴訟（同前）と確認訴訟（同前）を併せて提起する方が無難だということになる。

5 権限行使の要求

場面

行政が有する権限の行使を促す目的で、行政が負っている（と原告が主張する）公的義務の確認が請求されることがある。求める権限行使が行政処分をすべきことである場合、直接型義務付け訴訟によることになるため、確認訴訟によるのは、行政処分以外の活動を求める場合ということになる。

裁判例

・ 確認の利益が否定された事例

(v) 東京高裁平成23年6月8日判決⁽⁸⁷⁾

この事件は、千葉県教育委員会（以下、「教育委員会」という。）に請願をした原告が、主位的に、抗告訴訟として、(ア)当該請願を受理しない処分
の取消し、(イ)当該請願受理処分の義務付けを、予備的に、抗告訴訟とし
て、(ウ)請願申請にかかる不作為の違法確認、(エ)当該申請受理処分の義務付
け、当事者訴訟として、(オ)当該請願受理義務の確認、(カ)当該請願を記載し
た文書を教育委員会委員に配布する義務の確認、(キ)当該請願を教育委員会
会議に議題上程する義務の確認、(ク)当該請願を教育委員会会議において採
択不採択する義務のあることの確認を求めたものである。

千葉地方裁判所⁽⁸⁸⁾は、「原告が提出した本件請願書は千葉県教育委員会
に受領され……同委員会会議において本件請願があったこと等の説明があ
り、対応方針が報告されており、少なくとも請願が『受理』されたといえ
る」として、(ア)の訴えを却下し、取消訴訟が併合提起されていないことにな
るため、(イ)を却下し、請願は申請と言えないとして、(ウ)の訴えを却下
し、不作為の違法確認の訴えが併合提起されていないことになるため、(エ)
の訴えを却下した。さらに、請願は受理されているので確認の利益を欠く
として、(オ)の訴えを却下し、(カ)～(ク)の訴えは「いずれも請願について
一つの処理手続の過程について義務があることの確認を求めるにすぎず、
……請願の性質や応答義務の欠如からして、原告の権利や法的地位にかか
る何らかの法律関係が形成されると期待することはできず、これらの義務
の有無を確認することによって紛争が有効かつ適切に処理されるとは認め
られないから、これらの確認を求める訴えについては確認の利益がなく不
適法といわざるを得ない」し、「請願の処理方法については、常設ではな

⁽⁸⁷⁾ <http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/20120111133606.pdf>

⁽⁸⁸⁾ 千葉地判平成23年1月7日 <http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/20120111133606.pdf>

い合議体の場合には、迅速、適正な処理のため、一部の構成員に第1次的な処理をさせ、それを後日了承するなどの方法によることが合理的な場合があり、その意味で、原告主張の方法によることが義務付けられているとの原告の主張は採用できない」し「規則を予め制定して、これに沿って行われた、本件の請願の処理に違法な点があるとは認められない」ので、「裁判上、その義務の確認を求める具体的利益がないという点でも確認の利益を欠く」とした。

原告は、(カ)～(ク)の訴えにつき控訴したが、東京高等裁判所は、「請願者は、自己が行った請願について官公署に対し審理を求め、あるいはその処理結果の通知等を求める権利を有しておらず、また、請願をしたことにより、当該官公署と請願者との間に特別な公法上の法律関係が生じるものでもないから」、Xが義務の確認を求めたような「請願処理手続上の行為が行われなかったとしても、請願者の権利や法的に保護された利益が害され、あるいは法的地位が不安定になることはないというべきであ」り「そのような処理手続上の行為義務について、その確認を求める利益はな」く、仮に、「各請求が、本件請願を受理したことにより、被控訴人が、請願者である控訴人に対して各請求に係る義務を負担するに至ったことを前提として、その義務の確認を求めるものであると解するときは、上記のとおり、請願者は、自己が行った請願について官公署に対し審理を求め、あるいはその処理結果の通知等を求める権利を有しておらず、また、請願法5条に規定する誠実処理義務は、官公署の事務処理上の行為規範に過ぎないから、官公署は、請願を受理した場合でも、請願者に対して請願処理手続上の義務を負うものではな」く、「各請求は、これを根拠付ける主張自体失当であり、いずれも、その余の点について判断するまでもなく、理由がない」として、控訴を棄却した。

(w) 那覇地裁平成25年2月20日判決⁽⁸⁹⁾

この事件は、Xら（原告）が、沖縄防衛局長（旧・那覇防衛施設局長。

(89) <http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/20130912144651.pdf>

以下「防衛局長」という。）のした a 飛行場代替施設建設事業（以下「本件事業」という。）に係る環境影響評価法等に基づく環境影響評価及びその関連手続（以下、本件事業に係る環境影響評価手続等を「本件手続」という。）に不備等があるとして、公法上の確認の訴えとして、主位的に、(ア)防衛局長が、環境影響評価方法書及び同準備書を作成し直す義務を負うこと、(イ)別紙修正事項目録記載 1 の事項を踏まえて環境影響評価手続等を改めて実施する義務を負うことの確認を、(ウ)上記(ア)について予備的に、作成済みの方法書及び準備書が違法であることの確認を求めるとともに、(エ)原告ら全員が、上記環境影響評価手続等における不備等によって、法等により保障されている意見陳述権が侵害され、これにより精神的苦痛を被ったとして、被告に対し、国家賠償法 1 条 1 項又は民法 709 条、715 条 1 項に基づく損害賠償請求として、それぞれ慰謝料 1 万円及びこれに対する遅延損害金の支払を求めたものである。

那覇地方裁判所は、「原告らは、法……等に基づく意見陳述権とでもいふべき主観的な権利利益を有すると主張し、そのような自己の法律上の利益に関わる訴えとして、当該各訴えを提起している」ところ、「公法上の法律関係に関する確認の訴えとして訴えの適否を別途判断することが相当であり」、「主観訴訟性を基礎付ける権利利益が実体的に認められないからといって、当然に法律上の争訟性が否定されるわけではないことは、実体的に認められない権利利益を有することの確認を求める訴えを想定すれば明らかである」としつつ、意見陳述権の規定は、「事業者に対し、住民意見の扱いに係る公法上の義務を課しているものにすぎ」ず、「事業者は、これら住民意見に『配意』すれば足り、個々の意見そのままを環境影響評価手続に反映させる義務はもちろん、個々の意見に応答する義務を負うものでもない」から、法等が「住民意見の陳述の機会を設けているのは、環境保全という公益目的のため、事業者に情報収集の手続を課したものにすぎないといわざるを得ず、『述べることができる。』という形式で規定されていることを考慮しても、そのための主観的な権利又は法的地位が保障されていると解することはできない」から、(ア)(イ)の訴えはいずれも「防衛

局長がそのような義務を負っているか否かにかかわらず、いずれも確認の利益を欠いて不適法であり、(ウ)の訴えの「確認の利益とは、結局、そのような本件方法書及び本件準備書が作成されたことによって、本件各やり直し義務確認の訴えにおけるのと同様、法及び条例に基づく原告らの意見陳述権が侵害されていることをいうに尽きる」以上、やはり不適法であるとして、訴えを却下すると共に、(エ)についても、法等が「意見陳述をするという主観的な権利又は法的地位を保障しているとはいえない」以上、「被告の公務員は、原告らのいう意見陳述権を保護すべき職務上の法的義務を負わない」ので、「原告らが……十分な意見陳述をすることができなかったとしても、上記の意味で、国家賠償法上の違法があるということはない」などとして、請求を棄却した。

・ 確認の利益が肯定された事例

(x) 福岡地裁平成18年12月19日判決⁽⁹⁰⁾

この事件は、福岡県沿岸の有明海について共同漁業権及び区画漁業権を有している漁業権者（原告。以下「X」という。）が、(ア)当事者訴訟として、被告が本件干拓事業における潮受堤防の本件各排水門を開門して、本件開門調査をする義務が存在することの確認、(イ)不作為の違法確認の訴えとして、被告が本件開門調査をしないことが違法であることの確認、(ウ)義務付けの訴えとして、被告が本件開門調査を実施することの義務付けを求めたものである。

福岡地方裁判所は、(ア)の訴えにつき、「開門調査義務の存否という当事者間の具体的な公法上の権利義務の存否に関する紛争であって、かつ、法令の適用により終局的に解決することができる性質のものである」から、法律上の争訟にあたり、かつ、「請求の趣旨の記載自体からして公法上の法律関係に関する確認を求めている場合は不適法な訴えとして却下されることになるとしても、本件義務確認の訴えのように公法上の法律関係に

(90) 判タ1241号66頁。

関する確認を求めている場合においては、その公法上の法律関係の有無は正に本案の対象になるのであり、確認を求められた公法上の法律関係が存在しない場合は請求棄却判決がなされるべきである」ところ、有明海及び八代海を再生するための特別措置に関する法律18条には、国及び関係県が各種の調査を行い、その結果を公表することが規定されているものの「各種の調査も、その施策目的を図るための一環として行われるものであり、「一般的な行政上の責務としての調査義務を定めたものにすぎないと解される」ので、上記法律が「原告らに原因調査を求める公法上の権利を発生させ、被告に同調査義務を発生させたということはでき」ず、「本件義務確認の訴えは理由がなく、棄却すべき」であるとした。さらに、(イウ)については、開門調査の処分性を否定し、訴えを却下した。

論点

(XI) 権限行使を求める当事者訴訟の可否

(w)は行政が環境影響評価を行う公的義務を負っているとしても、原告が環境影響評価を求める主観的権利等を有していないとして、確認の利益を否定しているのに対し、(x)が確認の利益を肯定しつつ、行政の調査義務は一般的責務に過ぎないので、原告は開門調査を求める公法上の権利を有さないとして、請求を棄却している。訴訟要件（確認の利益）の問題として処理するか、本案上の問題として処理するかという点では異なるものの、これらの判決は、行政に公的義務が課せられていても、原告が当該義務の履行を求める主観的権利を有しないという理由で、原告が敗訴していることには違いはない。(v)は請願に対して応答する義務がないとして、請願の処理過程における公的義務が原告の権利、法的地位に影響を及ぼすことはないとしており、(w)(x)が行政の公的義務の存在を肯定した上で、原告が義務履行を求める権利を有さないとしているのに対して、(v)は行政の公的義務

務の存在自体を否定して⁽⁹¹⁾、原告の権利を否定したという違いはあるものの、原告が義務履行を求める主観的権利を有しないとしている点では、(v)～(x)は軌を一にしている。

法令により行政にある行為をする義務が課せられているにもかかわらず、行政が当該行為をしないのであれば、当該不作为は違法と評価できる。しかし、行政の権限不行使が違法であったとしても、誰でも当事者訴訟によりこの違法を追求し、行政が具体的行為をすべき義務の存在確認を求め得るわけではない。当事者訴訟は主観訴訟であり、行政が具体的行為をする義務のあることの確認を求めることができるのは、当該権限不行使によって、個人の権利利益を侵害された者に限られるからである。これにつき、原告が行政に対して当該行為をすることを求める〈権利〉を有していなければならないと解し、この〈権利〉を(c)(f)のように民事法的な意味で捉えてしまうと、行政作用法に規定されている、行政がある行為をすべき義務は、通常私人がそれを求める権利と対応しているわけではないので、権限行使を求める当事者訴訟（確認訴訟だけでなく、給付訴訟として構成することも考えられる⁽⁹²⁾）は、法令が私人に〈権利〉を認めている

(91) もっとも、(v)の控訴審判決は、行政が請願を誠実に処理する義務は肯定しつつ、これだけで原告が主張するような手続上の義務を負うものではないとしているので、行政の公的義務の存在を全く否定しているわけではない。

(92) このような例として、横浜地裁平成19年9月5日判自303号51頁がある。この事件の原告は相模原市を被告として、①清掃工場建設計画につき神奈川県環境影響評価条例所定の事業者としての手続上の義務の履行、②手続上の義務を履行するまでの工事着手禁止を求めた。横浜地方裁判所は、条例により住民に環境アセスメント実施請求権が認められているとはいえないとして請求を棄却したが、「本件条例において、知事が関係住民等を対象として公聴会を開催しなければならないことを規定しているなど、関係住民等に対して環境アセスメント手続に参加する権利を広く保障していること等を考慮すると、原告らと被告との関係は、公法上の法律関係に属するものというべきであり、本件訴えは、行政事件訴訟法4条後段の当事者訴訟の要件に該当し、

と解しうる例外的場合を除いて、提起できない（提起しても〈権利〉がないという理由で、却下または棄却される）ことになるう。

しかし、行政処分をすべき旨の権限行使を求める直接型義務付け訴訟は、「一定の処分をすべき旨を命ずることを求めるにつき法律上の利益を有する者」であって、「処分がなされないことにより重大な損害を生ずるおそれがあり、かつ、その損害を避けるために他に適当な方法がないとき」であれば提起することができる。この「法律上利益を有する者」が法律上保護された利益を有する者を意味するという解釈は定着しており、その判断にあたっては、当該法令の趣旨及び目的並びに当該処分において考慮されるべき利益の内容及び性質を考慮し、当該法令と目的を共通にする関係法令の趣旨及び目的も参酌し、当該処分違法になされた場合に害されることとなる利益の内容・性質やこれが害される態様及び程度も勘案することとされている（行訴法9条2項）。

このような意味での「法律上の利益を有する者」であって、権限行使がされないことにより重大な損害を被るおそれがあり、他の救済手段によることができない者であれば、行政処分以外の一定の行為をする義務があることの確認訴訟を提起し、権限不行使が違法と解される場合（当該行為をするかどうかにつき裁量が認められており、当該行為をしないことが裁量権の消極的濫用とみなしうる場合も含む）には、当該行為をすべき義務があることを確認する判決が得られると考えてもいいのではないだろうか。ただし、上記のような者には一定の行為にかかる権限行使請求権が認められていると解するのであれば、当該行為をすべき旨を求める給付訴訟による救済を求めることが可能であるから、そちらが優先するとも考えられる。

求める権限行使が行政処分であれば直接型義務付け訴訟を提起しうるよ

適法なものというべきである」と判示した。

うな者であれば、行政処分以外の権限行使を促すための当事者訴訟を提起することができるかと仮定した上で、このような観点から、(v)～(x)の事例を見直してみると、(w)(x)の原告は「法律上利益を有する者」にはあたらないように思われ、(v)については、仮に請願が受理され、誠実に扱われることについては「法律上の利益」が認められるとしても、請願が受理されたという事実は認めることができ、原告が求めるような特定の手続で処理すべきことまでは誠実処理義務に含まれないと解されるので、いずれも原告敗訴という結論においては妥当であるように思われる。

6 おわりに

以上、確認訴訟の事例を、4つの場面にわけて概観してきた。もとより、確認訴訟が用いられるのはこの4つの場面に限られるわけではなく、裁判例の中にはうまく分類できない事例⁽⁹³⁾や、そもそも確認訴訟によることに無理があるように思われる事例⁽⁹⁴⁾もあって、2004年行訴法改正後の

⑨③ 例えば、長野地判平成23年4月1日判例集未登載は、指定介護老人福祉施設を設置運営している原告が、介護保険法23条に基づく実地指導を行う旨の通知を受けたが、当該指導に従うべき義務がないとして、その確認を求めたものであり、本稿の枠組みでは、規制の排除に属するものであるが、原告に対する実地指導権限の存否が問題となったものであり、2-1及び2-2とは異なる性格を持つため、本稿では取り上げなかった。

⑨④ 例えば、最高検察庁に告発状を提出し、これを返戻された原告が、主位的に、(ア)当該告発状にかかる公訴を提起しない処分を通知したことの確認、(イ)当該告発状にかかる公訴を提起しない処分をしたことの確認、(ウ)当該告発につき検察審査会法30条の申立てをする権利を有することの確認、(エ)検察審査会は告発に基づく検察審査会法30条の申立てがあった場合、当該申立てを受理して所定の審理及び議決をしなければならないことの確認を、予備的に(オ)当該告発にかかる不受理・返戻処分の取消しを求めて出訴した事例がある。告発状を受理し、それに応じて捜査等を行うことを求

裁判例を網羅的に検討してきたわけではない。

しかし、本稿における検討により、

- ①2004年行訴法改正後の確認訴訟が、〈規制の排除〉〈申請拒否等の予防的排除〉〈受給の確保〉〈権限行使の要求〉という目的のためによく用いられていること
- ②本稿で、〈規制の排除〉として分類した場面における確認の利益が認められることについては、最高裁判所判決を初めとする多くの裁判例があつて、これが定着したとみられること
- ③本稿で、〈申請拒否等の予防的排除〉として分類した場面における確認の利益については、運転免許にかかる違反等点数の事例においてこれを認める下級審の裁判例があり、この方向性は妥当と考えられ、都市計画等においても、このような考え方で確認の利益を判断すべきであると考えられること
- ④本稿で、〈受給の確保〉として分類した場面においては、当事者訴訟による救済を求めうる余地があるとする裁判例があるものの、(ア)抗告訴訟と当事者訴訟のいずれによるか、(イ)当事者訴訟を用いる場合、給付訴訟によるべきか、確認訴訟によるべきかという問題が残っている

めているのであれば、権限行使の要求に分類できるのであるが、原告が求めているのは、告発に対応しなかったということの確認である。東京地方裁判所（東京地判平成23年7月5日訟月58巻7号2771頁）は、(ア)～(エ)の当事者訴訟を不適法であるとして却下し、(オ)の取消訴訟については、告発状の受理不受理は処分性を欠くとして却下した。これに対して、Xが控訴し、追加的併合により、(カ)告発状に係る告発事件についての不起訴処分義務付け、(キ)起訴又は不起訴の処分を行わない不作為の違法確認を求めたところ、東京高等裁判所（東京高判平成23年11月16日訟月58巻7号2764頁）は、原審における請求については、原審判決を支持して、控訴を棄却すると共に、追加的併合における請求につき、これら「において求める処分は『処分』には当たらないから……不適法である」として、訴えを却下した。

こと

- ⑤本稿で、〈権限行使の要求〉として分類した場面においては、どのような立場にある者が、当事者訴訟により行政に課せられた公的義務の履行を求めることができるのかという問題があり、これについては、求める権限行使が行政処分であれば、直接型義務付け訴訟の提起が認められるような者、すなわち、当該権限行使を求めることにつき「法律上の利益を有する者」であって、当該権限が行使されないことにより、重大な損害を被るおそれがあり、他に適切な救済手段がない者であれば、当事者訴訟により行政に課せられた公的義務の履行を求めることができると考える余地があるのではないかということ

が明らかになった。これにより、確認訴訟や当事者訴訟の適法要件に関する不明確さが、ある程度ではあるが、解消できたように思われる。

最後に、民事訴訟ではなく当事者訴訟としての確認訴訟の意義についての、現時点での私見を述べて、本稿の結びとしたい。2004年行訴法改正で、当事者訴訟活用論が唱えられるまで、(実質的)当事者訴訟不要論⁽⁹⁵⁾が、行政法学者の間での通説であった。その理由とされたのは、①当事者訴訟が公法私法二元論に基づき立法化されたものであったところ、そ

⁽⁹⁵⁾ 当事者訴訟不要論を超えて、訴えの併合の観点から、当事者訴訟は実質的救済の点で有害であるとする見解もある。すなわち、訴えの併合は同種の手続を前提とするため、民事訴訟とされている国家賠償訴訟と行政訴訟(当事者訴訟)とされている損失補償訴訟の併合はできないのが本来であり、行訴法16条～19条及び41条2項により当事者訴訟に国家賠償を併合することは認められているが、国家賠償訴訟に損失補償訴訟を併合することを認めた規定はないため、これができるかどうかが問題となり、これを認めた最高裁判例(最判平成5年7月20日民集47巻7号4627頁)があるものの、「実質的に同じような訴訟も、損失補償か国家賠償かという理論構成の違いだけで併合できるかどうかの大論争をしなければならず、認められても限定的になるので……当事者訴訟は訴訟制度を複雑にするだけで、権利救済を阻害する」(阿部泰隆『行政法解釈学Ⅱ』(2009年)313～314頁)との指摘である。

の後の行政法学において公法私法一元論が有力となり⁽⁹⁶⁾，それに伴って，法律関係に関する訴訟は，行政にかかるものであっても，民事訴訟として扱えば足りるという見解が有力になったこと，②行訴法は，当事者訴訟につき，職権証拠調べ（行訴法24条），拘束力（行訴法33条1項）などの規定を準用しているが，これらは実務上ほとんど意味を持たないとされていたこと，③免職処分の無効を理由とする公務員の地位確認訴訟，憲法29条3項を根拠とする損失補償請求訴訟などの若干の例外を除き，実質的当事者訴訟はほとんど活用されてこなかったこと⁽⁹⁷⁾などである。このうち，①の公法私法一元論が行政法学研究者の間では主流であること⁽⁹⁸⁾，②の職権証拠調べ等がほとんど行われていないことは，現在でもかわりはない。

2004年行訴法改正により変化があったのは③であり，従来は救済が認められなかったような事例につき，確認訴訟による救済が認められるようになったことは，本稿，特に2-1と2-2で取り上げた事例により明らかで

96) ただし，「学界における状況とは対照的に，裁判所及び法務省という実務の世界では『公法私法二元論』は自明の前提であった」との指摘（高木前掲注86・19頁）がある。司法研修所編『改訂 行政事件訴訟の一般的問題に関する実務的研究』（法曹会，2000年）8～13頁は，公法関係と私法関係の峻別論を展開しているが，これは実務において二元論が前提とされていることの現れといえよう。

97) ただし，2004年行訴法改正前でも，実質的当事者訴訟はある程度利用されており（その例として，南博方，高橋滋編『条解行政事件訴訟法 第3版補訂版』（山田洋）（2009年）124頁以下，室井力他『コンメンタール行政法Ⅱ 行政事件訴訟法・国家賠償法』（浜川清）（2006年）65頁に上げられた裁判例を参照）。これを踏まえると「現実の訴訟を実質的当事者訴訟として再確認し，そのあり方を議論しようという動機づけがなかった」のであって，「その意味では，この訴訟そのものが安楽死していたというより，それをめぐる議論が安楽死していたというべきであろう」（山田前掲注(1)・109頁）という指摘がある。

98) 行訴法改正での議論を公法私法二元論の復活として捉えるものとして，例えば，高木前掲注86・19～20頁。

ある。さらに、このような事例における確認の利益については、その判断基準（原告と被告の対立により、原告の権利利益に不安を生じていること）は共通するものの、この基準が法令や法令適用による私人の自由の制約という民事法とは異なる場面において適用されるため、民事訴訟とは異なった様相を呈しているように思われる。

さらに、(t)の事例のように、行政法の一般原則である平等原則を介在させることにより、贈与契約が締結されていないにもかかわらず、助成金の支給を受けられる地位が認められるという構成も、民事法にはみられないというわけではない⁽⁹⁹⁾が、行政法の領域においてより認められやすいもののように思われる。反対に、民事法における法律関係を前提にしてしまうと必要とされる救済が得られないことも考えられる。例えば、

(y) 東京高裁平成24年2月28日判決⁽¹⁰⁰⁾

原告は、千葉県公安委員会によって警備業務に係る営業の停止処分になったこと等を理由として、①物品の購入又は製造、印刷の請負その他の契約（一定の契約を除く）に関し、平成22年12月17日から平成24年6月16日までの1年6か月間、一般競争入札及び指名競争入札への参加の禁止、②同各入札の参加資格の取消し、③平成22年12月17日から平成23年6月16日までの6か月間、建設工事請負契約等についての指名停止の措置を受けた。原告は①から③までの措置が、いずれも行政処分であるとして、これら処分の取消しを求め、第1審において、競争入札における参加資格等の私法上の資格があること及び指名業者の地位にあることの確認の訴えを、追加的に変更申立て（本件訴えの変更申立て）した。第1審判決

(99) 例えば、電気やガスの供給契約については、電気事業法18条1項、ガス事業法16条1項の供給義務規定により、適法な申込があり、事業者が正当な理由なしに契約締結を拒んだ場合、申込段階で契約が締結されたと解して、供給を訴求したり、契約締結の意思表示を訴求することが考えられる。

(100) <http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/20120905102004.pdf>

が、本件入札参加禁止等の措置は、いずれも行政処分にあたらず、同取消請求に係る訴えは不適法であるとして却下し、本件訴えの変更申立ては許されないとしたため、原告は、控訴審において、競争入札の参加資格を有していること等の確認、指名競争入札における指名業者の地位にあることの確認請求を追加した。

東京高等裁判所は、本件入札参加禁止等の措置に対する処分取消しの訴えを却下し、本件訴えの変更は許されないとした第1審の判断を是認した上で、控訴審において追加された公法上の当事者訴訟としての確認の訴えは、「本件入札参加禁止等の措置に関する取消請求に係る訴えと、適用される手続法は同一であり、同種の訴訟手続（民事訴訟法136条）の場合であるといえるし、両方の訴えに請求の基礎の同一性（民事訴訟法143条）も認められるから、行政事件訴訟法19条2項により、控訴人の訴えの変更は許される」ものの、「控訴人が確認を求める……競争入札の参加資格を有していること、A等級の物品等一般競争入札参加者及び指名競争入札参加者の入札参加資格を有していること、……建設工事の指名競争入札における指名業者の地位にあること」は、「いずれも私法上の契約についての準備的行為に関する資格や地位であって、『公法上の法律関係に関する』（行政事件訴訟法4条）ものということとはできない。しかも、この点は、控訴人に限らず、同一の地位等の確認を請求する場合には、証拠関係にかかわらず、公法上の法律関係に関する請求とすることはできないのであるから、およそ請求ができない場合に当たるので、訴えは不適法というべきである」とした。

この判決は、入札への参加資格を「公法上の法律関係」といえないとしている点で、(c)(f)などと軌を一にしているように思われる。確かに、民事法において、契約締結に向けた交渉等を行う地位を「法律関係」にあたると解するのは特別の事情がない限り無理があるだろう。しかし、(t)のような考えによるならば、相手方が行政である場合、「契約相手方となりうる何人に対しても公正な取扱いをしなければならない法的義務」が行政

に課されており、これを私人側からみると「何人も、その契約相手方として公正な取り扱いを……受ける（考慮されるべきでない事由で除外されない）地位が、法的利益として認められていると解され」、「自らが……契約の相手として参加する資格を有することの確認を求める訴え」⁽¹⁰¹⁾が許容されると考えてよいのではないだろうか。

法律関係、確認の利益、本案判断において、行政関係の特殊性を考慮したり、行政法の一般原則の適用を認めることを容易とする〈場〉として、当事者訴訟を位置づけるのであれば、民事訴訟とは別に、当事者訴訟という訴訟類型が存在する意義があるといえるのではないだろうか⁽¹⁰²⁾。

(101) 中川前掲注(2)・986～987頁。

(102) 当事者訴訟に批判的な立場の論者からも、「改正法を前提とすれば、実体公法の内容形成が法理論の課題となるが、純粹の市場原理で決められること以外は、例えば、公営住宅の利用関係でも、PFI法（民間資金等の活用による公共施設等の整備等の促進に関する法律）に基づく入札も、公金の適正な使用を確保する、平等原則を適用する、広く利用者の利益を確保するといった視点を、公共性を実現する公法と把握して、実体公法を復権し、公法上の当事者訴訟に乗せるべきものとする（ただ、私見では、今日公法上の当事者訴訟に乗せると言われる訴訟でも、民事訴訟に乘せればよいのである）。」（阿部前掲注95・316頁）との意見がある。重要なのは、本稿で検討したような場面で確認訴訟による救済が可能になることであって、それが当事者訴訟か、民事訴訟かは第二義の問題である。しかし、前掲注96のように、実務が公法私法二元論を前提にしているのであれば、行政関係事例の特殊性を、民事訴訟ではなく当事者訴訟に乗せるという戦略の方が妥当といえまいか。